Die Nichtigkeit einer Fusion von Aktiengesellschaften und ihre Rechtswirkungen.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde

der

Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät

der

Universität zu Rostock,

vorgelegt von

Werner Hayduck,

Referendar, Berlin.

1935

Druck: Handelsdruckerei C. Trute, Quakenbrück.

Referent: Professor Dr. Schultze-von Lasaulx

Tag der mündlichen Prüfung: 22. Dezember 1934

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Inhaltsverzeichnis.

Literaturverzeichnis V
Abkürzungen VIII

Einleitung.

§ 1. Rechtsnatur der Fusion 1
§ 2. Die Einzelakte 3
§ 3. Die verschiedenen Fusionsarten 6

Hauptteil.

I. Abschnitt: die Nichtigkeit der Fusion.

I. Kapitel: Ursachen der Nichtigkeit.

§ 4. a) Mängel des Fusionsvertrages 9
§ 5. b) Mangelhafte Beschlüsse der GV 11

2. Kapitel: Geltendmachung der Nichtigkeit.

§ 6. a) Allgemeines 12
§ 7. b) Die Nichtigkeitsklage 13
§ 8. c) Löschung der Eintragungen im Handelsregister . . 16

2. Abschnitt: Rechtswirkungen der Nichtigkeit.

§ 9. Allgemeines: Rückwirkung 17

I. Kapitel: Rechtswirkungen im Innenverhältnis der beiden AG

§ 10. a) Das „Wiederaufleben" der übertragenden AG und die Vermögensauseinandersetzung 22
§ 11. b) Die „gewährten" Aktien 26
1. die jungen Aktien 26

§ 12. 2. Eigene und Vorratsaktien 37
§ 13. c) Spitzenausgleich und Dividende 40

2. Kapitel: Rechtswirkungen im Außenverhältnis.

§ 14. a) Gläubigerschutz 42
§ 15. b) Verträge 48
§ 16. c) Prozesse 50

Schluß.

§ 17. Reformen 54

Literaturverzeichnis.

Bericht des Vorsitzenden des Ausschusses für Aktienrecht der Akademie für deutsches Recht, in: Akademie für deutsches Recht, Zeitschrift, Heft I.

Bericht der durch den 34. Juristentag zur Prüfung einer Reform des Aktienrechts eingesetzten Kommission, 1928.

Boethke, Bank-Archiv XXX, S. 333.

Breit, Fusion und Aktienrechtsreform, in: ZHR 94/356 f.; 95/1 f. und 337 f.

Brodmann, Kommentar zum Aktienrecht, 1928.

ders., Nichtige und anfechtbare GV-Beschlüsse im Entwurf, in JW 31/775.

ders., über den Bericht der Aktienrechtskommission des Juristentages, in: ZHR 94/31 f.

ders., Warum sind Zuzahlungen bei Fusionen wider das Gesetz? in: ZBH 27/124 f.

Citron, Zur Form des Verschmelzungsvertrages bei Genossenschaften, JW 29/620.

Cosack, Lehrbuch des Handelsrechts, 12. Aufl. 1930.

Düringer-Hachenburg, Handelsgesetzbuch, 3. Aufl.

Egger, Das Dividendenbezugsrecht des Aktionärs, 1930.

Enneccerus-Nipperdey, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts: Allgemeiner Teil, 13. Bearb. 1931.

Entwurf (amtlicher) eines Gesetzes über Aktiengesellschaften und Kommanditgesellschaften auf Aktien. Veröffentlicht auf Anordnung des Reichsjustizministeriums, 1931.

Fischer, Ehrenbergs Handbuch, Bd. III, I. Abt.

Flechtheim, Fusion und Dauerverpflichtung, JW 27/1060 f.
ders., Schadensersatzansprüche bei schuldhafter Fusion, ZBH 26/45 f.
ders., Ungültigkeitserklärung eines GV-Beschlusses in der Festschrift für Zitelmann, 1913.
ders., Bank-Archiv XXX, S. 383.
Friedländer, Konzernrecht, das Recht der Betriebs- u. Unternehmens-Zusammenfassungen, 1927.
Ders., Aktienrecht, 1932.
Fürst, Zur Anfechtbarkeit von Beschlüssen der Generalversammlung bei Aktiengesellschaften, in: LZ 1912/506 f.
Gaupp-Stein-Jonas, Kommentar zur ZPO, 15. Aufl. 1934.
Gierke (Otto), Deutsches Privatrecht, Bd. I.
ders., Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung.
Gierke (Jul. v.), Handels- und Schiffahrtsrecht, 4. Aufl. 1933.
ders., Das RG und der öffentliche Glaube des Handelsregisters, in: ZBH 1931/19 f.
Gilbert, Formzwang für Fusionsverträge? JW 28/2597.
Gloger, Zwei Entscheidungen zum Fusionsrecht, in: ZBH 1930/166 f.
Goldschmidt (Robert), Die sofortige Verschmelzung von AG (Fusion) 1930. Rechtsvergleichende Abhandlungen VI.
Goldschmit (Friedrich), Die Aktiengesellschaft, 1927.
Hachenburg, Kommentar zum Gesetz betreffend die G.m.b.H. 1927.
ders., Sind bei der Fusion zweier AG neben der Gewährung von Aktien andere Leistungen zulässig? in: LZ 1911/646 f.
Hallstein, Die Aktienrechte der Gegenwart, 1931.
Henle, Lehrbuch des bürgerl. Rechts, Bd. II, Schuldrecht, 1934.
Heymann, Aktienrechtliche Fusion, in: ZHR 92/217 f.
Horrwitz, Das Recht der GV der Aktiengesellschaften und Kommanditges. auf Aktien, 1913.
Hueck, Anfechtbarkeit und Nichtigkeit von GV-Beschlüssen bei AG. 1924.
Jacobi, Die Wertpapiere, in Ehrenbergs Handbuch des gesamten Handelsrechts, Bd. IV, I. Abt.
Junck, Sind bei der Fusion zweier AG neben der Gewährung von Aktien noch andere Leistungen zulässig? in: LZ 1924/499 f.

Keim, Das sog. Publizitätsprinzip im deutschen Handelsrecht, in den Beiträgen zum Handelsrecht, herausgegeb. von Kisch, Heft 2.

Kipp-Wolff, Familienrecht, 1931.

Kisch, Parteiänderung im Zivilprozeß, in: Abhandlung zum Privatrecht und Zivilprozeß des deutschen Reichs. Bd. XXIV.

Kohler, Die Fusion der Aktiengesellschaft, in: Arch. bürg. R. 40/309 f.

Lehmann, Umwandlung handelsrechtlicher Unternehmungsformen, in: ZHR 50/1 f.

Lehmann-Ring, Das Handelsgesetzbuch, Bd. II, 2. Aufl. 1913.

Locher, Zur Publizitätsfunktion des Handelsregisters, in Heymanns Beiträgen zum Wirtschaftsrecht, Bd. II/570 f.

Marcuse, Die Uebertragung der Aktie, bei Holdh. 22/253.

Mosse-Heymann, Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 17. Aufl. 1926.

Motive zum Entwurf eines bürgerl. Gesetzbuchs, 1888.

Naendrup, Rechtsscheinwirkungen im Aktienrecht, in Heymanns Beiträgen zum Wirtschaftsrecht, Bd. II/825 f.

Oertmann, Grundsätzliches zur Lehre vom Rechtsschein, ZHR 95/443 f.

Planck, Kommentar zum BGB. 4. Aufl.

Prausnitz, Aktie und Inhaberschuldverschreibung, in Heymanns Beitr. z. Wirtsch.Recht, Bd. II/1130 f.

ders., Rechtsschein und Wirklichkeit im Handelsregister, ZHR 96/14 f.

Riezler, Venire contra factum proprium, 1912.

Rosenberg, Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts, 3. Aufl. 1931.

Schlegelberger, Gesetz über die Angelegenheiten der Freiwilligen Gerichtsbarkeit, 3. Aufl. 1927.

Schlegelberger-Quassowski-Schmölder, Verordnung über Aktienrecht, 1932.

Schmölder, Zur Reform des Aktienrechts: Die amtliche Enquête, in JW 29/2090 f.

Schmulewitz, Die Vorratsaktie. Rechtsvergl. Abhandlungen Bd. III.

Schultze-von Lasaulx, Zur Fusion von Aktiengesellschaften und Genossenschaften, Ih. Jahrb. 79/349 f.

ders., Fusion eingetragener Genossenschaften. Leipziger rechtswissenschaftliche Studien, Heft 26.

ders., JW 1929/2167.

Staub, Kommentar zum HGB, 14. Aufl.

Staub-Stranz, Kommentar zur Wechselordnung, 12. Aufl. 1929.

ders., Das Wechselgesetz, 1934.

v. Staudinger, Kommentar zum BGB, 9. Aufl.

Tuhr (Andreas von), Der allgemeine Teil des deutschen bürg. Rechts.

Ullmann (Jakob), Die Veräußerung des Vermögens einer Aktiengesellschaft im Ganzen (Fusion), 1915.

Ullmann, Interessengemeinschaft und Fusion, JW 27/630 f.

Wiener, Umwandlung und Fusion von Gesellschaften, ZHR 27/333 f.

Wittmaack, Findet der § 311 BGB auf G.m.b.H. und AG. Anwendung? ZHR 71/107 f.

Wolff, Nichtige GV-Beschlüsse von Aktiengesellschaften, ZBH 1930/320 f.

Abkürzungen.

AE	Amtlicher Entwurf eines Gesetzes über Aktiengesellschaften und Kommanditgesellschaften auf Aktien.
AG	Aktiengesellschaft
Arch. bürg. R.	Archiv für bürgerliches Recht
GV	Generalversammlung
Heymanns Beiträge zum Wirtschaftsrecht	Arbeiten zum Handels- und Gewerbe- und Landwirtschaftsrecht. Herausgegeb. von Heymann, Bd. 62.
Holdheim	Monatsschrift für Handelsrecht und Bankwesen, herausgegeb. von Holdheim
Ih. Jahrb.	Iherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts
JW	Juristische Wochenschrift
KGJ	Jahrbuch für Entscheidungen des Kammergerichts
LZ	Leipziger Zeitschrift für das deutsche Recht

OLG	Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte, herausg. von Mugdan und Falkmann
RFH	Sammlungen der Entscheidungen und Gutachten des Reichsfinanzhofes
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
ZBH	Zentralblatt für Handelsrecht. Herausgeber: F. Goldschmit und F. Koppe
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Konkursrecht. Begründet von L. Goldschmidt. Herausgegeben von J. v. Gierke

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41549208_0032

Einleitung.

§ 1. Die Rechtsnatur der Fusion.

Der Gesetzgeber definiert im § 305 HGB die Fusion als „Veräußerung des Vermögens einer Aktiengesellschaft (AG) als Ganzes an eine andere AG oder an eine Kommanditgesellschaft auf Aktien (KGaA) gegen Gewährung von Aktien der übernehmenden AG".

Die Wissenschaft hat sich mit dieser gesetzlichen Definition nicht begnügt, sondern ist daran gegangen, das Wesen der Fusion, ihre Rechtsnatur näher zu bestimmen.

Eine Reihe von Autoren [1]) faßt die Fusion als korporationsrechtliches Rechtsgeschäft auf, d. h. als dem Rechtsgebiet angehörig, das der juristischen Person ihre Lebensgesetze gibt, im Gegensatz zum Vermögensrecht, das ihre Vermögensangelegenheiten regelt. Nach ihnen ist das allein erhebliche Moment bei der Fusion der Uebergang der Rechtspersönlichkeit der übertragenden AG auf die übernehmende, und zwar dergestalt, daß die übertragende AG nicht untergeht, sondern in der übernehmenden fortlebt. Der Uebergang des Vermögens soll nur eine notwendige Nebenfolge des Ueberganges der Rechtspersönlichkeit, ähnlich wie beim Erbgang, sein. Als Ersatz für das übergegangene Vermögen werde den Aktionären der übertragenden AG durch den korporativen Akt der Kapitalserhöhung bei der übernehmenden AG die Mitgliedschaft an dieser verliehen.

Die korporationsrechtliche Theorie, die wohl auf Otto Gierke [2]) aufbaut, läßt sich mit ihrer fast völligen Außerachtlassung der vermögensrechtlichen Seite der Fusion m. E. nicht mit dem Wortlaut der §§ 305, 306 HGB und ihrer Stellung im Gesetz in Einklang bringen.

[1]) Kohler: Arch. bürg. R. 40/309 f.; Fischer in Ehrenbergs Handbuch Bd. III, I. Abt. S. 417; Heymann: Z. H. R. 92/220 a. E.

[2]) Genossenschaftstheorie S. 854 f., 864; Deutsches Privatrecht I, S. 567.

Seiner Stellung im Gesetz nach ist der § 305 ein Unterfall des § 303, der § 306 seinerseits ein solcher des § 304 [3]). Der § 303 behandelt die Veräußerung des Vermögens einer AG, ohne besondere Erfordernisse hinsichtlich des Erwerbers und des für das Vermögen hingegebenen Entgelts aufzustellen, während in den §§ 305, 306 der Erwerber eine andere AG oder eine KGaA sein muß und als Entgelt nur Aktien, d. h. Mitgliedschaftsrechte hingegeben werden dürfen. Wie nun die Veräußerung des Vermögens im § 303 ohne Zweifel ein vermögensrechtliches Rechtsgeschäft ist, müssen es auch die Spezialfälle der §§ 305, 306 sein. Einen korporationsrechtlichen Einschlag erhält die Fusion allein dadurch, daß als Entgelt nur Mitgliedschaftsrechte hingegeben werden dürfen. Was den Uebergang der Rechtspersönlichkeit anbelangt, auf den die Vertreter der korporationsrechtlichen Theorie das ausschlaggebende Gewicht legen, so sei zunächst darauf hingewiesen, daß von einem Uebergang nicht die Rede sein kann, sondern die Rechtspersönlichkeit der übertragenden AG mit der Fusion erlischt und nicht etwa in der übernehmenden AG fortlebt. Als Argument hierfür mag § 308 HGB herangezogen werden, nach dem eine Anfechtung des Auflösungsbeschlusses gegen die Rechtsnachfolgerin der aufgelösten AG zu richten ist. Der Begriff der Rechtsnachfolge bedeutet aber, daß die Rechtspersönlichkeit der übertragenden AG erloschen und die übernehmende AG ihr in ihre Rechte gefolgt ist, d. h. sie in ihrer Rechtsträgerschaft ersetzt hat. Würde man ein Fortleben der Rechtspersönlichkeit der übertragenden AG in der übernehmenden AG annehmen, so würde § 308 seinen Sinn verlieren, denn dann hätte ein Wechsel in der Rechtsträgerschaft nicht stattgefunden und es verstünde sich von selbst, daß die Anfechtung gegen die übernehmende Gesellschaft zu richten ist. Ferner ist das Erlöschen der Rechtspersönlichkeit nicht das primäre Moment der Fusion, welches seinerseits erst den Vermögensübergang auslöst, sondern umgekehrt ist das Erlöschen der Rechtspersönlichkeit eine Folge, die sich an den Uebergang des Vermögens knüpft, und zwar im § 303 wie im § 305, denn mit der Veräußerung ihres Vermögens hat sich die AG der Möglichkeit beraubt, ihren Lebenszweck als Kapitalgesellschaft weiter zu verfolgen, sich also ihre Existenzberechtigung genommen.

Man könnte vielleicht geneigt sein, diese Erörterungen als einen praktisch völlig unfruchtbaren und bedeutungslosen Theorienstreit anzusehen, jedoch fällt, je nachdem, wie man das Wesen der

[3]) R. Goldschmidt: die sofortige Verschmelzung von AG., S. 24; Staub-Pinner: Einleitung zu § 305; Brodmann: Komment. zum Aktienrecht 1928, § 305 Anm. I a. A. M. Schultze-v. Lasaulx: Ih. Jahrb. 79/355, der aber auch den rechtlichen Zusammenhang der §§ 303, 304 und 305, 306 anerkennt.

Fusion auffaßt, die Beantwortung einiger wichtiger, sich im Zusammenhang mit der Fusion ergebender Fragen verschieden aus, wie u. a., ob die übernehmende AG stets eine Kapitalerhöhung vornehmen muß, d. h. die Fusion nur mit Hilfe junger, ad hoc geschaffener Aktien durchgeführt werden kann, worauf wir an späterer Stelle [4]) noch zurückkommen werden.

Wie wir sahen, liegt der Akzent bei der Fusion auf der vermögensrechtlichen Seite derselben, jedoch birgt sie auch körperschaftsrechtliche Elemente in sich, so daß wir die Fusion nicht wie das Veräußerungsgeschäft des § 303 HGB als ein dem Individual-Vermögensrechte angehörendes Rechtsgeschäft ansprechen können, sondern sie als ein vermögensrechtlich, korporationsrechtlich gemischtes ansehen müssen, und zwar ein Rechtsgeschäft oder Gesamtakt, der sich aus mehreren Einzelakten zusammensetzt [5]), die im folgenden einer näheren Betrachtung unterzogen werden sollen.

§ 2. Die Einzelakte.

a) Der Fusionsvertrag.

Kernstück der Fusion ist der Veräußerungs- oder Fusionsvertrag, der von den Vorständen der beteiligten AG abgeschlossen wird und die näheren Bestimmungen über die Durchführung der Fusion, das Wertverhältnis der beiden Vermögen und das daraus zu berechnende Umtauschverhältnis der Aktien und alle sonstigen mit der Fusion zusammenhängenden Fragen enthält.

Es ist in der Wissenschaft nicht unbestritten, ob der Fusionsvertrag ein Verfügungs- oder Verpflichtungsgeschäft ist. Näher auf diese Streitfrage einzugehen, ist im Rahmen dieser Arbeit nicht möglich. Die ganz überwiegend herrschende Meinung [6]) steht auf dem Standpunkt, daß er ein Verpflichtungsgeschäft ist. Es mag Gilbert [7])

---

[4]) vgl. S. 7 f.

[5]) Gilbert: J. W. 28/2598. R. Goldschmidt a. a. O. S. 25. Schultze-v. Lasaulx, Ih. Jahrb. 79/355. Schultze-v. Lasaulx, Fusion eingetragener Genossenschaften, in Leipziger rechtswissenschaftliche Studien, Heft 26 S. 28.

[6]) Staub-Pinner, 14. Aufl. § 303 Anm. 15 u. § 305 Anm. 8; Brodmann, § 303 Anm. Ia u. Anm. 3; Lehmann-Ring: das Handelsgesetzbuch 1913, § 303 Note 3; Ullmann: die Veräußerung des Vermögens einer AG. im Ganzen (Fusion) 1915, S. 9; Schultze-v. Lasaulx, Ih. Jahrb. 79/356 f.; Schultze-v. Lasaulx, Leipz. rechtsw. Stud. S. 21; RGZ. 67/201/202; 69/290; Recht 1908, Beilage 2 S. 104 Nr. 609; Beschluß des KG in OLG 46/283; Beschluß des Bayr. Ob. LG. JW. 25/1645; de lege ferenda AE. 31 § 211.

[7]) JW. 28/2598.

zugegeben werden, daß das zusammengesetzte Rechtsgeschäft der Fusion in seiner Gesamtheit ein Verfügungsgeschäft ist und eine dingliche Wirkung hat, doch schließt dies nicht die Möglichkeit aus, daß einer seiner Einzelakte nur von obligatorischer Wirkung ist. Als Verpflichtungsgeschäft bedarf der Fusionsvertrag gemäß § 311 BGB der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung [8]) [9])

b) Die Generalversammlungsbeschlüsse.

Der von den Vorständen abgeschlossene Fusionsvertrag ist zunächst ohne Wirksamkeit und es müssen noch die Beschlüsse der GV der beteiligten AG hinzutreten, unter denen wir 3 Arten zu unterscheiden haben: der Auflösungsbeschluß gemäß § 305 HGB in Vbd. mit § 303 HGB und für den Fall des § 306 HGB der Liquidationsausschlußbeschluß, welcher in der Regel mit dem Auflösungsbeschluß zusammenfallen wird, auf seiten der übertragenden AG und bei der übernehmenden AG der, wie wir noch sehen werden, allerdings nicht unbedingt notwendige Kapitalerhöhungsbeschluß.

Ueber den Rechtscharakter dieser Beschlüsse und ihr Verhältnis zum Fusionsvertrage herrscht große Unklarheit, die auf die schwankende Ausdrucksweise des Gesetzes zurückzuführen ist.

Im § 303 HGB heißt es: die Veräußerung des Vermögens einer AG im Ganzen ist nur auf Grund eines Beschlusses der GV zulässig. Derselbe GV-Beschluß wird im § 304 Abs. II mit Zustimmung bezeichnet, während im § 305 Abs. II ebenfalls wieder mit Bezug auf den Auflösungsbeschluß der übertragenden AG von dem durch diesen Beschluß genehmigten Vertrag gesprochen wird. Im Hinblick darauf, daß der Gesetzgeber die Ausdrücke Zustimmung und Genehmigung gebraucht hat, liegt es an sich nahe, die §§ 182 f. BGB auf den Fusionsvertrag und den Auflösungsbeschluß zur Anwendung zu bringen [10]) und somit dem Fusionsvertrage bis zum Auflösungsbeschluß eine schwebende Unwirksamkeit beizulegen, doch steht mit dieser Auffassung von dem Rechtscharakter des GV-Beschlusses die Wendung auf Grund im § 303 HGB

[8]) abweichend Wittmack: ZHR 71/107 f. (116), der überhaupt die Anwendbarkeit des § 311 BGB auf juristische Personen verneint.

[9]) Ebenso gehen die Ansichten hinsichtlich der Frage auseinander, ob der Fusionsvertrag bedingt sein darf, d. h. ob die Vermögensübertragung auch für einen zukünftigen Zeitpunkt vereinbart werden kann. Auch hier bejaht die h. M. die Anwendbarkeit des § 310 BGB und erklärt einen bedingten Fusionsvertrag für nichtig; vgl. Schultze-v. Lasaulx, Leipz. rechtsw. Stud. S. 22.; Ullmann, JW 27/630 f. mit ausführlicher Literaturangabe über diese Streitfrage.

im Widerspruch, aus der mir hervorzugehen scheint, daß dem GV-Beschluß eine größere Bedeutung zuzumessen ist als die einer bloßen Zustimmung; außerdem handelt es sich in den §§ 182 ff. BGB stets um die Zustimmung eines selbständigen Dritten, während die GV, worauf Schultze-v. Lasaulx [11]) und Ullmann [12]) mit Recht hinweisen, wie der Vorstand Organ der von diesem vertretenen AG, also kein Dritter ist. Die Ausdrücke Zustimmung und Genehmigung sind in den §§ 303 f. HGB augenscheinlich nicht in dem uns aus dem bürgerlichen Recht vertrauten Sinne gebraucht worden, und wir müssen versuchen, das Wesen der GV-Beschlüsse unabhängig vom Wortlaut des Gesetzes zu erklären. Wenn nun aber Ullmann [13]) die Ansicht vertritt, der Beschluß sei nur ein gesellschaftliches internum, eine Willensoffenbarung, allein an die Adresse des Vorstandes gerichtet, mit dem Ziel, den Mangel in der Vertretungsmacht desselben zu ergänzen, und aus diesen Erwägungen heraus eine analoge Anwendung der §§ 1829, 1830 BGB vorschlägt, so stellt er sich damit in Widerspruch zum Sinn des § 303 Abs. I HGB und zu seinen eigenen Ausführungen (a. a. O. S. 13), wo er selbst sagt, daß ein vom Vorstand allein abgeschlossener Fusionsvertrag rechtsunwirksam, also nihil actum sei. Führt man aber die analoge Anwendung der §§ 1829, 1830 BGB konsequent durch, so kommt man zu dem Ergebnis, daß der Fusionsvertrag nicht nihil actum, sondern bis zum GV-Beschluß schwebend unwirksam ist und durch den GV-Beschluß ex tunc wirksam wird [14]). Man kann auch nicht wie R. Goldschmidt [15]) sagen, daß der GV-Beschluß die Vertretungsmacht des Vorstandes zum Abschluß des Veräußerungsvertrages überhaupt erst schaffe, denn sobald man es auf die Vertretungsmacht des Vorstandes abstellt, muß man bei Fehlen des GV-Beschlusses auf den § 177 BGB stoßen, mit dem Ergebnis, daß auch hier der Vertrag schwebend unwirksam und der Vorstand gemäß § 179 Abs. I BGB persönlich verpflichtet ist. Dieses Ergebnis steht jedoch, wie noch einmal hervorgehoben werden soll, nicht im Einklang mit dem aus dem § 303 HGB klar hervorgehenden Willen des Gesetzgebers, der augenscheinlich dem bloßen Fusionsvertrage keine Wirkung beilegen wollte.

---

[10]) Staub-Pinner, § 303 Anm. 8; Lehmann-Ring, § 303 Note 3; KGJ. 32 A 161.

[11]) Leipz. rechtsw. Stud. S. 26.

[12]) Veräußerung des Vermögens einer AG. im Ganzen, S. 16.

[13]) a. a. O. S. 16.

[14]) Schultze-v. Lasaulx, Leipz. rechtsw. Stud. S. 27.

[15]) a. a. O. S. 49.

Die einzige dem Sinn des Gesetzes und der Bedeutung des GV-Beschlusses gerechtwerdende Konstruktion ist m. E. die Schultzes-v. Lasaulx [16]), der in folgerichtiger Durchführung der Theorie vom Gesamtakt der Fusion, den Beschluß als ein dem Fusionsvertrage äquivalentes Tatbestandsmerkmal des Gesamtaktes auffaßt. Fehlt der Beschluß, so ist der Vertrag ein nichts, er ist nicht einmal schwebend unwirksam. Was für den Auflösungsbeschluß der übertragenden AG gilt, gilt gleicherweise für den Liquidationsausschlußbeschluß und den Kapitalerhöhungsbeschluß. Auch sie sind gleichwertige unselbständige Einzelakte des Gesamtaktes der Fusion.

c) Anmeldung und Eintragung.

Der Fusionsvertrag und die GV-Beschlüsse allein sind im allgemeinen auch noch nicht geeignet, die Verschmelzung der Gesellschaften herbeizuführen [17]). Zur Wirksamkeit der Fusion bedarf es in der Regel noch der Anmeldung und Eintragung des Liquidationsausschlußbeschlusses (§ 306 Abs. I in Verbindung mit § 304 Abs. 4 und Abs. 5 HGB) und des Kapitalerhöhungsbeschlusses (§ 305 Abs. I, § 277 Abs. 3, § 287 Abs. I HGB). Diese Eintragungen sind konstitutiv, d. h. sie sind unerläßliche Voraussetzung für das Wirksamwerden der Rechtsakte, auf die sie sich beziehen.

Wir sehen also, daß sich die Fusion aus mehreren Einzelakten zusammensetzt, die erst in ihrer Gesamtheit den bezweckten Rechtserfolg auslösen. Fehlt einer dieser Akte, so sind auch die übrigen wirkungslos und eine Veränderung der Rechtslage tritt nicht ein [18]).

§ 3. Die verschiedenen Fusionsarten.

Das Gesetz selbst unterscheidet zunächst zwei Erscheinungsformen der Fusion: die Fusion mit Liquidation (§ 305 HGB) und die Fusion ohne Liquidation (§ 306 HGB).

Nach § 305 tritt die übertragende AG mit dem Auflösungsbeschluß in Liquidation, die in Anwendung des § 303 Abs. III nach den Vorschriften der §§ 294 ff. HGB durchgeführt wird, mit dem Unterschied, daß das restliche Vermögen nicht wie im § 300 Abs. I an die Aktionäre verteilt, sondern auf die übernehmende AG übertragen wird und zwar, wie wohl unbestritten ist, im Wege der Singularsukzession, d. h. Mobilien durch Einigung und Uebergabe, Forderun-

[16]) a. a. O. S. 28.

[17]) Wie weit sie bereits eine obligatorische Bindung zwischen den Parteien schaffen, mag dahingestellt bleiben; vgl. hierüber Schultze-v. Lasaulx: Ih. Jahrb. 79/362.

[18]) vgl. Schultze-v. Lasaulx: Leipz. rechtsw. Stud. S. 28.

gen durch Zession, Grundstücke durch Auflassung und Eintragung usf. Erst wenn das Vermögen übertragen ist, erlischt die Rechtspersönlichkeit der übertragenden AG, die sich durch den Auflösungsbeschluß nur aus einer vollaktiven in eine liquidierende Gesellschaft verwandelt hatte.

Diese Art der Fusion ist in der Praxis wenig beliebt, da die Liquidation und die Einzelübertragungen einen großen Zeitverlust verursachen und die gewünschte Kontinuität des Betriebes unterbrechen. Deshalb hat die Praxis, wie statistisch festgestellt ist [19]), von der Möglichkeit des § 306 HGB ungleich mehr Gebrauch gemacht.

Im Fall des § 306 findet eine Liquidation nicht statt, sondern mit der Eintragung des Auflösungsbeschlusses geht das Vermögen gemäß § 306 Abs. I HGB in Vbd. mit § 304 Abs. V HGB im Wege der Universalsukzession mit Aktiven und Passiven auf die übernehmende AG über, womit auch gleichzeitig die Rechtspersönlichkeit der Gesellschaft erlischt. Die Vorteile, die diese sofortige Verschmelzung hat, liegen auf der Hand. Das Vermögen der übertragenden AG ist durch keine Liquidation gebunden, sondern kann sogleich im Betriebe der übernehmenden AG fortarbeiten. Dem steht auch nicht § 306 Abs. II im Wege, der zum Schutze der Gläubiger eine getrennte Vermögensverwaltung vorsieht, aber nicht verhindert, daß die übernehmende AG das Vermögen der übertragenden AG sofort in ihrem Betriebe verwertet.

Es lassen sich nun noch zwei andere Fusionsarten unterscheiden: Fusion mit Kapitalerhöhung und Fusion ohne Kapitalerhöhung.

Nach dem Wortlaut des § 305 HGB muß man annehmen, daß der Gesetzgeber nur an den Fall gedacht hat, daß die Fusion auf seiten der übernehmenden AG im Wege der Kapitalerhöhung durchgeführt wird, d. h. mit Hilfe junger, ad hoc geschaffener Aktien. Es ist aber nicht selten, daß die übernehmende AG genügend Vorrats- oder eigene Aktien besitzt, um die Fusion durchführen zu können. Es fragt sich, ob auf diese Fälle auch die Vorschriften der §§ 305, 306 zur Anwendung gelangen.

Die Vertreter der korporationsrechtlichen Theorie verneinen diese Frage. Nach ihnen hat man unter Aktien g e w ä h r u n g nur die Verleihung von Mitgliedschaftsrechten an den ersten Erwerber zu verstehen, also nur die Hingabe von Aktien, die ad hoc, für die Fusion durch korporativen Akt geschaffen sind. Verwendet die AG eigene Aktien, so g e w ä h r t sie keine Mitgliedschaftsrechte, sondern „zahlt“ mit „kuranten Werten“; es liegt dann keine Fusion, son-

[19]) R. Goldschmidt a. a. O. S. 20.

dern ein individualrechtliches Tausch- bzw. Kaufgeschäft gemäß §§ 515, 433 BGB in Vbd. mit § 303 HGB vor [20]).

Wenn auch der Wortlaut des Gesetzes für die Annahme einer notwendigen Kapitalerhöhung spricht, so wird man doch nach dem Sinn des Gesetzes die Verwendung von Vorrats- [21]) und eigenen Aktien [22]) für zulässig erachten können [23]), denn schlösse man die Verwendung derselben völlig aus, so würde dies zur Folge haben, „daß die übernehmende AG zu einer wirtschaftlich nicht erforderlichen Kapitalerhöhung gezwungen und das zur bloßen Form würde, was bei der Abfassung der §§ 305, 306 zur Ermöglichung der Gegenleistung unentbehrlich schien“ [24]).

Bei der Verwendung von Vorrats- oder eigenen Aktien entfällt naturgemäß der Kapitalerhöhungsbeschluß, und es wird auf seiten der übernehmenden AG nur deren Vorstand bei der Fusion tätig.

---

[20]) vgl. Heymann: ZHR. 92/231/32; Fischer in Ehrenb. Hdbch. III, 1. Abt. S. 417/18; Brodmann: Komm. § 306 Anm. 7 b; R. F. H. 28/42 ff.

[21]) Vorratsaktien, deren Zulässigkeit durch § 260 a III Ziff. I der Aktien-Nov. 1931 gesetzlich anerkannt ist, sind Aktien, die eine AG bei einer Kapitalerhöhung über ihren augenblicklichen Bedarf hinaus schafft, um sie bei späterer Gelegenheit bei der Hand zu haben, ohne noch einmal den zeitraubenden Weg der Kapitalerhöhung einschlagen zu müssen (vgl. Staub-Pinner, § 185 Anm. II, 1. Schmulewitz: die Verwaltungsaktie, S. 45). Die Vorrats-Aktien gelangen nicht in den öffentlichen Handel, sondern werden meist an eine Bank übertragen, die verpflichtet ist, sie stets zur Verfügung der AG zu halten (vgl. R. F. H. 18/232). Da ihr Ausgabepreis erheblich niedriger als der Kurswert der Aktien gleicher Gattung zu sein pflegt, erfolgt die Vollemission und damit wirtschaftlich die Kapitalerhöhung erst, wenn die AG sie z. B. bei der Fusion den Aktionären der übertragenden AG gewährt (vgl. Gloger, ZBH. 1930/169).

[22]) das sind Aktien, die die AG nach Vollemission durch Rechtsgeschäft oder gesetzliche Sukzession im Rahmen des § 226 HGB zurückerworben hat.

[23]) so h. M., vgl. Staub-Pinner, § 305 A. 14; Ullmann: Fusion, S. 41; R. Goldschmidt a. a. O. S. 63 ff.; Breit: ZHR 94/407 ff.; Flechtheim: Bank-Arch. XXX S. 383 f.; RGZ 129/314/315; KGJ 38 A 232; 46 A 100; OLG. 32/119 f.; de lege ferenda AE 31 § 213 Abs. I; Bericht der Aktienrechtskommission des 34. Juristentages 1928, S. 38/39.

[24]) vgl. RGZ 124/301.

Hauptteil.

I. Abschnitt: Die Nichtigkeit der Fusion.

I. Kapitel: Ursachen der Nichtigkeit.

§ 4. a) Mängel des Fusionsvertrages.

Wie jeder Vertrag kann der Fusionsvertrag aus den verschiedensten Gründen nichtig sein: er kann gegen die guten Sitten (§ 138 BGB) oder gegen eine gesetzliche Vorschrift verstoßen (§ 134 BGB). Uns interessiert hier hauptsächlich der Fall, daß die Formvorschrift des § 311 BGB verletzt ist, da nicht selten diese Vorschrift übersehen wird und außerdem die Wirkung dieser Verletzung der Formvorschrift beim Fusionsvertrag in Judikatur und Wissenschaft nicht einheitlich beurteilt wird.

Es wird nämlich vielfach — vielleicht ist dies sogar die h. M. — die Ansicht vertreten, daß die auf Formmangel beruhende Nichtigkeit des Fusionsvertrages durch die Eintragung der Fusion in das Handelsregister geheilt werde. So hat z. B. das OLG Dresden [1]) in einem Urteil zu dieser Frage eingehend Stellung genommen und folgenden Standpunkt vertreten: der Fusionsvertrag sei sowohl eine körperschaftsrechtliche Verfügung wie auch zugleich eine Verpflichtung zur Verfügung und Bindung an dieselbe. Als Verpflichtung sei der Vertrag zwar gemäß § 311 BGB formbedürftig, als Verfügung hingegen formfrei. Wenn nun der Gesamtakt der Fusion, ohne Beurkundung des Vertrages, im übrigen zustande gekommen sei, so sei die Verschmelzung endgültig. Auch ein praktisches Interesse dränge zu dieser Ansicht. Die Gläubiger müßten sich auf die Eintragung verlassen können; überhaupt würde, wolle man die Fusion als nichtig ansehen, sich unentwirrbare Rechtszustände ergeben.

[1]) JW 29/2167.

In derselben Richtung bewegen sich die Ausführungen Citrons [2]), der als Argument auf die Rechtsprechung des RG hinweist, das im Interesse der Gläubiger das Recht der Anfechtung von Beitrittserklärungen zu Kapitalgesellschaften wegen arglistiger Täuschung versagt. Ebenso hält es Breit [3]) für „absurd", eine durchgeführte Fusion nachträglich aus einem Grunde für nicht erfolgt zu erklären, auf den bei Abschluß des Vertrages und seiner Durchführung niemand irgendwelches Gewicht gelegt habe [4]). So sehr das praktische, wirtschaftliche Interesse an der heilenden Kraft des Registereintrags anzuerkennen ist, können die angeführten Argumente dennoch nicht für stichhaltig erachtet werden. Mit Recht weist Schultze-v. Lasaulx in seiner Besprechung des angeführten OLG-Urteils [5]) darauf hin, daß der Fusionsvertrag nicht Verfügung und Verpflichtung zugleich, sondern, wie bereits ausgeführt wurde [6]), ein obligatorischer Vertrag ist, der in Verbindung mit den übrigen Tatbestandsmerkmalen der Fusion die Wirkung des Vermögensüberganges hat. Aber wenn man auch den einheitlichen Vertrag, dem OLG folgend, in einen formbedürftigen verpflichtenden und einen formfreien verfügenden Teil zerlegt, so ist immer noch nicht zu erkennen, wie der obligatorische Teil des Vertrages durch die Eintragung geheilt sein sollte. Dieser, vom OLG zum eigenen Tatbestandsmerkmal erhoben, bleibt nichtig und bringt somit die Fusion zu Fall. Eine generelle Vorschrift, dahinlautend, daß die Eintragung in ein öffentliches Register die mangelnde Form ersetze, gibt es nicht. Die Fälle, in denen, wie z. B. in § 313 BGB, der Gesetzgeber der Eintragung heilende Kraft beimißt, sind streng exklusiv zu werten und nicht geeignet, Grundlage eines allgemeinen Rechtsgedankens zu sein. Auch der Hinweis auf die Rechtsprechung des RG in Bezug auf die Nichtanfechtbarkeit von Beitrittserklärungen kann nicht durchgreifen. Einmal liegt dieser Rechtsprechung der Gedanke der Interessenabwägung zugrunde — das Interesse des sich irrenden oder getäuschten Einzelnen soll hinter dem Interesse der auf seine Erklärung vertrauenden Allgemeinheit zurückstehen, hier handelt es sich aber nicht um eine Einzelperson, sondern um zwei Gesellschaften [7]) — ferner besteht zwischen Anfechtung und absoluter Nichtigkeit ein grundlegender Unterschied. Die Anfechtung, auf subjektiven Mängeln beruhend, ist

[2]) JW 29/620.

[3]) ZHR 94/374.

[4]) vgl. auch J. v. Gierke: Handelsrecht, 4. Aufl. S. 438; Gloger, ZBH 1930/170.

[5]) JW 29/2167.

[6]) s. oben § 2 S. 3 f.

[7]) Schultze-v. Lasaulx a. a. O.

in das Belieben des Einzelnen gestellt, während bei der absoluten Nichtigkeit, auf objektiven Mängeln beruhend, die Rechtsordnung selbst den nichtigen Rechtsakt jegliche Anerkennung versagt. Nun hat allerdings das RG in einer Entscheidung [8]) seine die Anfechtung betreffende Rechtsprechung auch auf die Fälle der Nichtigkeit gemäß § 138 BGB ausgedehnt mit der Begründung, die Vorschrift des § 138 sei eine rein positive Regelung, deren Zweckmäßigkeit sehr in Frage gezogen werden könne. Außerdem beschränke sich die Sittenwidrigkeit auf das Verhältnis der Vertragskontrahenten und berühre die Oeffentlichkeit nicht, deshalb müsse das ‚Gewohnheitsrecht', das sich im Interesse der Kapitalerhaltung und der Allgemeinheit herausgebildet habe, auch für diese Fälle gelten. Diese Entscheidung ist m. E. nicht haltbar. Abgesehen davon, daß das RG Hand an grundlegende Begriffe unserer Rechtsordnung legt, ist es nicht zutreffend, daß die Sittenwidrigkeit nur das Verhältnis der Vertragskontrahenten berührt. Die Vorschrift des § 138 BGB beruht doch auf dem Gedanken, den Rechtsverkehr vor sittenwidrigen Handlungen und das Interesse der Allgemeinheit an der Reinerhaltung unseres Rechtsverkehrs zu schützen. Im übrigen ist es zweifelhaft, ob das RG im Fall des § 311 BGB ebenso entscheiden würde. Bislang hat es zu dieser Frage, soweit ich sehe, noch nicht Stellung genommen. De lege lata ist man also gezwungen, bei Formmangel des Fusionsvertrages die gesamte Fusion für nichtig zu erklären. Es muß der Gesetzgebung vorbehalten bleiben, eine den praktischen Bedürfnissen entsprechende Regelung zu schaffen.

§ 5. b) Mangelhafte Beschlüsse der GV.

Solange es ein Aktienrecht gibt, ist die Frage streitig, wann ein GV-Beschluß absolut nichtig, wann nur anfechtbar ist. Auch heute ist hierin noch keine Klarheit geschaffen. Es liegt nicht im Rahmen dieser Arbeit, zu dieser Frage näher Stellung zu nehmen; es sei auf die zahlreiche Literatur bezüglich dieser Frage verwiesen [9]). Wir wollen uns auf die Grundsätze beschränken, die sich in Wissenschaft und Praxis herausgebildet haben.

Hiernach ist zunächst ein GV-Beschluß absolut nichtig, wenn bei der Einberufung der GV oder bei der Beschlußfassung so flagrante Verstöße gegen das Verfahren vorgekommen sind, daß man von einem GV-Beschluß überhaupt nicht mehr sprechen kann [10]).

---

[8]) 123/104 f.

[9]) für viele Hueck: Anfechtbarkeit und Nichtigkeit von GV.-Beschlüssen; Brodmann: Komm. § 271 Anm. I 2.

[10]) RG 89/379; 92/412; Brodmann § 259 Erl. 6 a; J. v. Gierke: Handelsrecht S. 373.

Ferner ist ein GV-Beschluß nichtig, wenn er Vorschriften verletzt, die im öffentlichen Interesse gegeben und darum unverzichtbar sind, oder der Beschluß sonst mit dem Wesen der Aktiengesellschaft unvereinbar ist oder einen Verstoß gegen die guten Sitten darstellt [11]).

In allen übrigen Fällen ist der Beschluß nur anfechtbar. Praxis und Wissenschaft tendieren dahin, die Fälle der absoluten Nichtigkeit von GV-Beschlüssen möglichst einzuschränken, und zwar aus Gründen der Rechtssicherheit, denn die Geltendmachung der Nichtigkeit ist, wie im folgenden noch näher dargelegt werden wird, an keine Frist gebunden, so daß noch nach Jahren ein GV-Beschluß für nichtig erklärt werden kann, woraus möglicherweise die größten Verwirrungen entstehen.

2. Kapitel: Geltendmachung der Nichtigkeit.

§ 6. a) Allgemeines.

Unter Nichtigkeit versteht unsere Rechtsordnung die auf bestimmten, vom Gesetz aufgezählten Gründen beruhende Wirkungslosigkeit einer Rechtshandlung, m. a. W. der Rechtserfolg, auf den die Handlung gerichtet ist, tritt nicht ein, sie ist rechtlich nicht vorhanden und übt somit weder für noch gegen jemanden irgendwelche Wirkung aus [1]). Daraus folgt, daß jeder, der ein rechtliches Interesse an der Rechtshandlung und ihrer Nichtigkeit hat, diese unbeschränkt, jederzeit auf beliebige Art, d. h. einrede- oder klageweise geltendmachen, sich auf sie berufen kann.

Dasselbe gilt für die Geltendmachung der Nichtigkeit einer Fusion, gleich ob sie auf einen Mangel des Fusionsvertrages oder eines der GV-Beschlüsse gestützt wird [2]). Nicht finden auf letzteren Fall die Beschränkungen des § 271 HGB Anwendung, sondern auch hier kann sich jeder interessierte Dritte unbeschränkt auf die Nichtigkeit des Beschlusses und somit der gesamten Fusion berufen. Eine Einschränkung macht hier Wolff [3]), der die Ansicht vertritt, daß die Nichtigkeit von GV-Beschlüssen — in unserem Fall also der gesamten Fusion — nur in den Fällen geltend gemacht werden könne, in denen gemäß § 144 Abs. II FGG das amtliche Löschungsverfahren Platz greife. „Die Eintragung in das Handelsregister ähnlich wie

[11]) RG 107/72 f. u. 202 f.; 115/378 (383); 131/145; JW 34/1493.

[1]) v. Tuhr II, I. Abt. S. 280 f.; Enneccerus-Nipperdey, S. 613.

[2]) daß die Nichtigkeit eines Tatbestandsstückes der Fusion die Nichtigkeit des Gesamtaktes zur Folge hat, wird noch näher dargelegt werden; vgl. unten S. 18.

[3]) ZBH. 1930 S. 328.

die in das Heiratsregister begründe ein existentes und nur vernichtbares Rechtsverhältnis. Die Voraussetzungen der Zerstörung desselben deckten sich mit denen der Löschung im § 144 Abs. II FGG. Seien die Voraussetzungen dieser Vorschrift nicht gegeben, so könne die Nichtigkeit nicht geltend gemacht werden, denn es wäre nicht zu verstehen, weshalb man einen Beschluß als nicht existent sollte behandeln, aber dennoch nicht löschen dürfen".

Demgegenüber ist folgendes einzuwenden: § 144 Abs. II FGG begründet kein fiktiv gültiges Rechtsgeschäft, sondern stellt nur eine formelle Vorschrift dar, wann ein eingetragener Beschluß von Amts wegen oder auf Antrag [4]) im Handelsregister zu löschen ist. § 144 enthält keine Angaben darüber, daß die freie Geltendmachung der Nichtigkeit außerhalb des Handelsregisters ausgeschlossen sein soll. Nur soll, solange noch keine rechtskräftige Entscheidung über die Nichtigkeit vorliegt, nach Möglichkeit an der Eintragung, die das Vertrauen der Allgemeinheit genießt, nicht gerührt werden. Ist dagegen ein rechtskräftiges Urteil, das die Nichtigkeit ausspricht, ergangen, so ist, wie wir noch sehen werden [5]), das Handelsregister entsprechend zu berichtigen, auch wenn die Voraussetzungen des § 144 II FGG nicht erfüllt sind.

Außerdem würde man mit Wolff zu dem seltsamen Ergebnis kommen, daß ein nur anfechtbarer GV-Beschluß nach erfolgreich durchgeführter Anfechtungsklage gemäß § 273 HGB im Handelsregister gelöscht, also völlig vernichtet wird, während ein von Anfang an nichtiger Beschluß, wenn die Voraussetzungen des § 144 FGG nicht erfüllt sind, ewig existent bleibt.

Haltbar wäre die Ansicht Wolffs nur dann, wenn man aus § 144 Abs. II FGG die Folgerung zieht, daß auch nach materiellem Recht die GV-Beschlüsse nur dann nichtig sind, wenn sie die Voraussetzungen des § 144 FGG erfüllen. Jedoch scheint mir § 144 keine Berechtigung dazu zu geben.

Daß die Eintragung im Handelsregister den beteiligten AG eine Beschränkung hinsichtlich der Geltendmachung der Nichtigkeit auferlegt, folgt aus einem anderen Rechtsgrunde, der an späterer Stelle noch eingehend erörtert werden wird [6]).

§ 7. b) Die Nichtigkeitsklage.

Wie wir sahen, braucht die Nichtigkeit nicht notwendigerweise im Klagewege geltend gemacht zu werden, sondern es kann dies

[4]) Hueck a. a. O. S. 261; Schlegelberger FGG Bd. 2, 3. Aufl. § 142 Anm. I.

[5]) vgl. unten S. 17.

[6]) vgl. unten S. 42 f.

auch einredeweise geschehen. Letzteres hat den Nachteil, daß keine einheitliche Klärung der Rechtslage erzielt wird. Deshalb werden die Parteien häufig durch Klage eine richterliche Entscheidung anstreben. Um Klarheit über Wirkung und Umfang des die Nichtigkeit aussprechenden Urteils zu gewinnen, müssen wir zunächst untersuchen, zu welcher Kategorie die Nichtigkeitsklage gehört.

Während die h. M. [7]) sie zu den Feststellungsklagen rechnet, sieht Heymann [8]) sie als Gestaltungsklage an. Er vergleicht sie mit der Ehenichtigkeitsklage und argumentiert: Wie mit der Ehenichtigkeitsklage die Nichtigerklärung der Ehe erstrebt wird, hat die aktienrechtliche Nichtigkeitsklage, die sich weniger gegen den Fusionsvertrag und die GV-Beschlüsse, als vielmehr gegen die auf ihnen beruhende Registereintragung wendet, zum Ziel, die durch den Registereintrag gestaltete Rechtslage zu ändern. Denn wie die Eintragung im Standesregister, so schafft auch die Eintragung im Handelsregister einen Rechtszustand, dessen Abänderung mit Rücksicht auf die dabei mitspielenden Interessen Dritter den Parteien entzogen ist. Um eine Abänderung der Rechtslage herbeizuführen, bedarf es stets eines Urteils, welches als abänderndes Urteil notwendigerweise ein Gestaltungsurteil, die Nichtigkeitsklage eine Gestaltungsklage sein muß.

Heymann geht von der falschen Voraussetzung aus, daß die Eintragung im Handelsregister die Rechtslage „gestaltet".

Wie bereits dargelegt [9]), ist die Eintragung wie der Fusionsvertrag und der GV-Beschluß ein Einzelakt des Gesamtaktes und nur dieser ist rechtsgestaltend, nicht die Eintragung für sich allein. Ist nun die Fusion, d. h. der Gesamtakt nichtig, so ist eine Rechtsänderung, eine Rechtsgestaltung nicht eingetreten. Auch der Vergleich mit der Ehenichtigkeitsklage ist m. E. nicht zutreffend. Der Gestaltungscharakter der Ehenichtigkeitsklage folgt weniger daraus, daß die Eintragung im Standesregister eine Rechtslage schafft, deren Abänderung den Parteien entzogen ist, als vielmehr aus der positiven Vorschrift des § 1329 BGB, nach dem die Nichtigkeit der Ehe, solange diese nicht für nichtig erklärt oder aufgelöst ist, nur im Wege der Nichtigkeitsklage geltend gemacht werden kann, m. a. W. die nichtige Ehe bis zum Urteil als gültig fingiert wird. Eine dem § 1329 BGB entsprechende Vorschrift finden wir im Aktienrecht nur in Gestalt der §§ 309 ff. HGB, die Heymann jedoch auf die Fusion nicht analog an-

[7]) vgl. Hueck a. a. O. S. 234; Staub-Pinner, § 273 Anm. 19; Wolff a. a. O. S. 327.

[8]) a. a. O. S. 242 f.

[9]) vgl. oben S. 6.

wendet [10]). Man wird deshalb die vorliegende Nichtigkeitsklage mit der h. M. als Feststellungsklage ansehen müssen. Die Aktivlegitimation zur Erhebung der Klage ergibt sich aus § 256 ZPO: jeder, der ein rechtliches Interesse an der alsbaldigen Feststellung des Rechtsverhältnisses hat. Passivlegitimiert kann in jedem Fall nur die übernehmende AG sein. Mit Recht hat das RG [11]) den § 308 HGB auch auf die Nichtigkeitsklage angewandt. Zwar behandelt § 308 HGB nur den Fall der Fusion ohne Liquidation, jedoch dürften sich gegen seine Anwendung auf den Fall der Fusion mit Liquidation keine Bedenken erheben. Es ist verständlich, daß der Gesetzgeber nicht an die Möglichkeit gedacht hat, daß sich noch nach Durchführung der Liquidation ein Nichtigkeitsgrund herausstellen könne, wie ja überhaupt die absolute Nichtigkeit, abgesehen von dem Fall des § 309 HGB, nicht geregelt ist. Man wird aber ohne Zweifel diese Lücke des Gesetzes im Wege maßvoller extensiver Interpretation der gegebenen Vorschriften ausfüllen dürfen.

Von Interesse ist noch die Frage, welchen Umfang die Rechtskraft des Nichtigkeitsurteils hat. Grundsätzlich wirken Feststellungsurteile nur inter partes. Eine Ausnahme macht hier nur das Urteil, durch welches das Bestehen oder Nichtbestehen einer Ehe festgestellt wird. Dieses Urteil hat gemäß § 629 Abs. II ZPO Wirkung inter omnes. Diese Ausnahme findet ihre Rechtfertigung darin, daß das Urteil in einem Verfahren ergeht, das durch die Ausschaltung der Verhandlungsmaxime eine besondere Wahrheitsgarantie bietet [12]). Da diese Voraussetzungen bei der aktienrechtlichen Nichtigkeitsklage nicht gegeben sind, läßt sich eine entsprechende Anwendung des § 629 Abs. II ZPO nicht rechtfertigen. Eine andere Frage ist, ob man eine Analogie zu § 273 Abs. I HGB ziehen darf. Wolff (a. a. O.) lehnt diese Analogie ab mit dem Hinweis auf den rechtlichen Unterschied zwischen der Anfechtungsklage als Gestaltungsklage und der Nichtigkeitsklage als Feststellungsklage [13]). Dem § 273 HGB liegt der Gedanke zugrunde, daß ein GV-Beschluß nicht nur einem Aktionär, sondern allen gegenüber entweder gültig oder nicht gültig sein kann. Nun steht zwar bei einem nichtigen GV-Beschluß von

---

[10]) Ueber die analoge Anwendung der §§ 309 ff. HGB vgl. unten S. 20 f. Ebenso wird die Frage der konstitutiven Kraft des Registereintrags im Zusammenhang mit den Rechtswirkungen der Nichtigkeit — dem Hauptthema der Arbeit — noch eingehender behandelt; vgl. unten S. 18 f.

[11]) RGZ 115/381.

[12]) Gaupp-Stein-Jonas, 15. Aufl. § 325 Anm. VI, 4; Wolff a. a. O. S. 327.

[13]) ebenso Staub-Pinner, § 273 Anm. 20 a; Staudinger-Loewenfeld § 32 Anm. XI; Planck-Knoke § 32 Anm. 4.

vornherein fest, daß er niemandem gegenüber Wirkung hat, jedoch ist auch hier notwendig, daß die Feststellung der Nichtigkeit allen Aktionären gegenüber erfolgt. Nehmen wir z. B. den Fall, daß ein Aktionär der übertragenden AG den Auflösungsbeschluß der GV mit der Nichtigkeitsklage angreift und ein obsiegendes Urteil erlangt. Dann wäre nach Wolffs Ansicht nur im Verhältnis des Klägers zur übernehmenden AG festgestellt, daß die Fusion nichtig, der Kläger nicht Aktionär der übernehmenden, sondern der übertragenden AG ist usf. In Erkenntnis der Unzweckmäßigkeit dieses Ergebnisses hat de lege lata bereits eine Reihe von Autoren [14]) sich zu der absoluten Wirkung des aktienrechtlichen Nichtigkeitsurteils bekannt und hat de lege ferenda der AE 31 im § 142 die entsprechende Anwendung des § 273 HGB vorgesehen.

Wird die Klage auf einen Mangel des Fusionsvertrages gestützt, so muß das gleiche gelten, denn mit der Nichtigkeit des Vertrages wird die Nichtigkeit der gesamten Fusion, also auch der GV-Beschlüsse, geltend gemacht.

§ 8. Die Löschung der Eintragungen im Handelsregister.

Im Handelsregister eingetragen sind die GV-Beschlüsse der beteiligten AG (§ 259 Abs. V HGB) und gegebenenfalls die erfolgte Kapitalerhöhung auf seiten der übernehmenden AG (§ 305 Abs. II HGB). Letztere Eintragung kann gemäß § 142 Abs. I FGG im Handelsregister gelöscht werden, wenn sie wegen Mangels einer wesentlichen Voraussetzung unzulässig war, d. h. in unserem Fall, der Kapitalserhöhungsbeschluß nichtig war. Die GV-Beschlüsse selbst dagegen können auf Antrag oder von Amts wegen nur gelöscht werden, wenn sie die Voraussetzungen des § 144 Abs. II FGG erfüllen, es sei denn, daß sie aus formellen Gründen nichtig sind, so daß sie nicht als GV-Beschlüsse angesehen werden können. In diesem Fall findet § 142 FGG Anwendung.

Die Vorschrift ist, wie Hueck mit Recht sagt [15]), eine wenig glückliche. Es lassen sich eine große Anzahl von Fällen denken, in denen GV-Beschlüsse zwar nichtig sind, gegen ihre Beseitigung im Handelsregister zur Vermeidung unabsehbarer Rechtsverwicklungen jedoch ein öffentliches Interesse spricht, wie z. B. gerade der nichtige

[14]) Hueck a. a. O. S. 239; v. Tuhr I, S. 518; Schultze-v. Lasaulx, Leipz. rechtsw. Stud. S. 77; Brodmann, JW 31/777, der allerdings soweit geht, den § 273 HGB für überflüssig zu erklären, und die absolute Wirkung aus allgemeinen Gesichtspunkten gewinnt.

[15]) a. a. O. S. 259 Anm. 21.

Fusionsbeschluß. Obwohl die Fusion nach materiellem Recht nichtig ist, die beiden AG somit nicht verschmolzen sind, müssen sie sich dennoch, da die Eintragung nicht gelöscht werden kann, immer weiter als eine Einheit behandeln lassen. Diese Diskrepanz zwischen der materiellen Rechtslage und der nicht löschbaren Eintragung muß notwendigerweise zu einer gefährlichen Rechtsunsicherheit und -verwirrung führen, die der aus der Beseitigung der Eintragung resultierenden in ihrem Ausmaß zum mindesten völlig gleichkommt.

Man könnte daher vielleicht sagen, daß die Vermeidung der durch die Nichtbeseitigung entstehenden Rechtsunsicherheit auch im öffentlichen Interesse liegt, so daß je nach Ueberwiegen des einen oder anderen Interesses die Eintragung gelöscht wird oder erhalten bleibt. Jedoch wird in vielen Fällen der Registerrichter die Auswirkungen eines nichtigen GV-Beschlusses nicht so überblicken, daß er diese Entscheidung treffen könnte. Besser erscheint es mir daher, eine Analogie zu § 273 HGB zu ziehen und auch das Nichtigkeitsurteil in das Handelsregister einzutragen ohne Rücksicht darauf, ob der nichtige GV-Beschluß die Voraussetzungen des § 144 II FGG erfüllt. Die Berechtigung hierzu finden wir in dem schon einmal gegen Wolff angeführten Argument [16]): Wenn schon das auf eine Anfechtungsklage ergehende Urteil in das Handelsregister eingetragen, der nur anfechtbare Beschluß also völlig beseitigt wird, wieviel eher muß dies bei dem die von Anfang an bestehende Nichtigkeit rechtskräftig feststellenden Urteil geschehen. Es ist nicht einzusehen, weshalb der im Rechtssinne krankere Beschluß, dessen Eintragung im Handelsregister unzulässig war, aufrechterhalten bleiben soll [17]). Wolff [18]) nennt dies die Verwirklichung einer Irrlehre und bedauert, daß ein richtiger Gedanke unseres Rechts, den er augenscheinlich in der längstmöglichen Aufrechterhaltung der Registereinträge erblickt, zu Grabe getragen werde. M. E. jedoch ist dies der einzige Weg, die Rechtssicherheit zu gewährleisten, die doch auch Wolff anstrebt.

II. Abschnitt: Rechtswirkungen der Nichtigkeit.

§ 9. Allgemeines: Rückwirkung.

Wie wir sahen [1]), wird das Rechtsgeschäft der Fusion aus mehreren Einzelteilen gebildet, die zu einem Gesamtakt zusammenge-

[16]) vgl. oben S. 13.

[17]) vgl. auch Hueck a. a. O. S. 257; de lege ferenda AE 31 § 142.

[18]) a. a. O. S. 329. Im Ergebnis wie Wolff Staub-Pinner, § 273 Anm. 20.

[1]) vgl. oben S. 3 f.

faßt die Verschmelzungswirkung auslösen. Solche Gesamtakte begegnen uns noch öfters in unserer Rechtsordnung: so z. B. die Mobiliarübereignung: Einigung und Uebergabe; die Grundstücksübereignung: Auflassung und Eintragung; die Hypothekenbestellung: Einigung und Eintragung u. a. m. Wie nun z. B. bei der Grundstücksübereignung die erstrebte Rechtsänderung, der Eigentumsübergang, nicht eintritt, wenn zwar der Erwerber in das Grundbuch als Eigentümer eingetragen, eine Auflassung aber nicht erfolgt ist, so tritt auch bei der Fusion keine Verschmelzung ein, wenn einer der Einzelakte fehlt oder nichtig ist, denn nichtig ist nichts anderes als non existens. Die Nichtigkeit eines Einzelakts nimmt darum dem Gesamtakt und somit auch den übrigen Einzelakten, mögen sie auch für sich betrachtet keine Mängel aufweisen, ihre Wirkung, sie werden pro nihilo, und zwar unabhängig vom Parteiwillen. Es erscheint mir deshalb nicht richtig, den § 139 BGB zur Anwendung zu bringen [2]), denn dann könnte z. B. dem an sich gültigen Kapitalserhöhungsbeschluß durch Parteiwillen eine Selbständigkeit verliehen werden, die ihm nach dem Charakter der Fusion nicht zukommt [3]). Wenn nun die Nichtigkeit eines Einzelaktes die Nichtigkeit des Gesamtaktes zur Folge hat, so folgt daraus, daß die Fusion von Anfang an wirkungslos war und eine Aenderung des Rechtszustandes nicht herbeigeführt hat. Die Nichtigkeit wirkt also ex tunc [4]).

Daß die Eintragung im Handelsregister keine ex-nunc-Wirkung der Nichtigkeit herbeiführen kann, wurde bereits im Zusammenhang mit der Nichtigkeitsklage [5]) angedeutet, soll aber an dieser Stelle noch einmal näher dargelegt werden.

Man unterscheidet im allgemeinen zwei Arten von Registereintragen: Die deklaratorischen Eintragungen, d. h. solche, die einen bereits rechtswirksamen Rechtsakt im Handelsregister nur bescheini-

[2]) vgl. R. Goldschmidt a. a. O. S. 116.

[3]) vgl. zum vorangegangenen Schultze-v. Lasaulx, Ih Jahrb. 79/367; ders. Leipz. rechtsw. Stud. S. 78; Staub-Pinner § 308 Anm. 2; Brodmann, § 308 Anm. I a; Lehmann-Ring § 308 Anm. 4

A. M. hinsichtlich der Wirkung auf den Kapitalerhöhungsbeschluß: Hueck a. a. O. S. 218; Breit ZHR 95/416; m. E. zu Unrecht, denn zwar ist die Kapitalerhöhung, wie wir sahen (vgl. oben S. 8), kein notwendiges Begriffsmerkmal der Fusion, doch ist der Kapitalerhöhungsbeschluß, wenn die Fusion auf seiten der übernehmenden AG im Wege der Kapitalerhöhung durchgeführt wird, ebenso unselbständiger Einzelakt wie z. B. der Auflösungsbeschluß und teilt wie dieser das Schicksal des Gesamtaktes.

[4]) vgl. Schultze-v. Lasaulx, Ih. Jahrb. 79/372.

[5]) s. oben S. 14 f.

gen, wie z. B. in den §§ 1, 259 Abs. V, 293 HGB u. a. m. und die konstitutiven Eintragungen, das sind solche, die einem Rechtsakt erst Wirksamkeit verleihen, wie z. B. in den §§ 2, 174, 200 Abs. I, 277 Abs. III, 304 Abs. IV HGB.

Cosack [6]) unterscheidet noch eine dritte Art, die er rechtstäuschende Eintragungen nennt. Er versteht hierunter solche Eintragungen, um derentwillen eine eingetragene Tatsache als wahr gilt, auch wenn sie nachweislich unwahr ist. Er rechnet hierzu z. B. die §§ 5, 172 Abs. I HGB, die gemeinhin aber zu den konstitutiven Eintragungen gezählt werden. Bei der Fusion begegnen wir zwei konstitutiven Eintragungen: das ist die Eintragung des Liquidationsausschlußbeschlusses gemäß § 306 Abs. I in Verbindung mit § 304 Abs. IV und des Kapitalerhöhungsbeschlusses gemäß § 305 Abs. I in Vbd. mit § 277 Abs. III [7]).

Aus der konstitutiven Kraft dieser Eintragungen folgert Heymann [8]), wie wir sahen [9]), daß die durch sie geschaffene Rechtslage nur durch eine Gestaltungsklage abgeändert werden könne, und weiterhin [10]), daß die durch das Gestaltungsurteil ausgesprochene Nichtigkeit der Fusion, zum mindesten Dritten gegenüber, nur ex nunc wirke.

Diese von uns bereits abgelehnte Ansicht Heymanns ist auf die irreführende Gewohnheit zurückzuführen, von Eintragungen mit „konstitutiver" Kraft zu sprechen. Die Bezeichnung mit „konstitutiv" kann den Anschein erwecken, als hätten die Eintragungen für sich allein genommen die Kraft, eine Rechtslage zu gestalten. Dies ist unzutreffend. Unter einer konstitutiven Eintragung ist nur eine solche zu verstehen, „die für irgendwelche im konkreten Fall eintretende Rechtswirkungen unerläßliche Bedingung ist" [11]). M. a. W. die sog. konstitutive Eintragung äußert ihre rechtsgestaltende Wirkung nur im Zusammenhang mit einem anderen rechtserzeugenden Akt, wie z. B. dem Satzungsänderungsbeschluß [12]). Fehlt dieser Akt, so übt die Eintragung keinerlei Wirkung aus, sondern ist

---

[6]) Lehrbuch des Handelsrechts, 12. Aufl. 1930, S. 7.

[7]) der Auflösungsbeschluß stellt keine Satzungsänderung dar — es sei denn, daß die Gesellschaft nur für eine bestimmte Zeit errichtet war und vor dem in dem Statut vorgesehenen Termin aufgelöst wird — er fällt somit nicht unter § 277 Abs. III (vgl. KG. in OLG. 43/317).

[8]) a. a. O. S. 242.

[9]) vgl. oben S. 14 f.

[10]) a. a. O. S. 244.

[11]) vgl. Keim: das sog. Publizitätsprinzip im deutschen Handelsrecht in: Beiträge zum Handelsrecht, herausg. von Kisch, Heft 2, S. 23.

[12]) Staub-Bondi, Anhang zu § 8 Anm. 13.

ein nihil. Das die Nichtigkeit feststellende Urteil wirkt also ex tunc, nicht einmal Dritten gegenüber ex nunc, denn einmal kann ein Urteil nur eine Wirkung haben und ferner lehrt uns der Vergleich mit der Ehenichtigkeitsklage, die Heymann zum Beweise der ex-nunc-Wirkung heranzieht, gerade das Gegenteil. Das auf die Ehenichtigkeitsklage ergehende Gestaltungsurteil hat nach allgemeiner Ansicht [13]) rückwirkende Kraft. Dies folgt besonders aus den Vorschriften der §§ 1344 ff. und 1699 ff. BGB, welche den Schutz bestimmter auf die Gültigkeit der Ehe vertrauender Personen bezwecken, für die die rückwirkende Nichtigerklärung der Ehe von benachteiligender Wirkung wäre. Diese Vorschriften würden jeden Sinn verlieren, wenn man annähme, daß die Ehe nur ex nunc für nichtig erklärt würde, denn in diesem Fall blieben bestehende Rechtsverhältnisse von der Nichtigerklärung unberührt, so daß die auf die Gültigkeit der Ehe vertrauenden Personen keines besonderen Schutzes bedürften. Ebenso liegt es bei dem vorliegenden Nichtigkeitsurteil. Die analoge Anwendung des § 311 Abs. III HGB [14]), auf die Heymann als Argument seiner Ansicht verweist, kann ihren Grund auch nur darin finden, daß die Nichtigkeit der Fusion ex tunc wirkt.

Es soll nicht verkannt werden, daß die Rückwirkung schwierige Rechtsfolgen auslöst. In Erkenntnis dieser Tatsache hat das RG [15]) in freier Rechtsfortbildung den § 311 Abs. III HGB auf die Kapitalerhöhung und Schultze-v. Lasaulx [16]) auf die Fusion analog angewandt, mit der Begründung, daß die Kapitalerhöhung — bei der Fusion eine solche gegen Sacheinlage gemäß § 279 HGB — ein der Gesellschaftsgründung ähnlicher Vorgang sei. Diese Analogie gilt nach dem RG und nach Schultze-v. Lasaulx nur zugunsten Dritter, nicht im Verhältnis der beiden AG. Es mag aber einmal geprüft werden, ob sich, auf dieser Rechtsprechung aufbauend, nicht die §§ 309 ff. HGB in ihrer Gesamtheit auf die nichtige Fusion zur analogen Anwendung bringen lassen — und zwar hier auch im Verhältnis der beiden AG zueinander —, um auf diesem Wege zu einer ex-nunc-Wirkung der Nichtigkeit zu gelangen.

Nach § 309 HGB kann die auf bestimmten Mängeln beruhende Nichtigkeit einer AG nur im Wege der Klage geltend gemacht werden. Daraus folgt, daß die nichtige AG bis zum Nichtigkeitsurteil zwar zu Unrecht, aber kraft gesetzlicher Fiktion immerhin besteht [17]). Mit

[13]) Rosenberg: Lehrb. d. deutsch. Zivilproz.rechts, 3. Aufl. S. 268; Gaupp-Stein-Jonas, Vorbem. III, 2 vor § 606; Kipp-Wolff: Familienrecht, 1931, S. 86 und Anm. 14; v. Staudinger-Engelmann, Vorbem. VII vor § 1323.

[14]) über diese Analogie vgl. unten S. 42 f.

[15]) RGZ 85/311 (315); 120/363 (369); JW 34/1488.

[16]) Ih. Jahrb. 79/370.

dem die Nichtigkeit aussprechenden Urteil verwandelt sich die nur als gültig fingierte AG in ein kraft Gesetzes legitimierte, voll zu Recht bestehende Liquidationsgesellschaft (§ 311 Abs. I HGB)[18]. Dies heben § 311 Abs. II und Abs. III nur noch einmal hervor. Beide Absätze hätten fehlen können, denn daß die mit Dritten vorgenommenen Rechtsgeschäfte durch die Nichtigkeit nicht berührt werden, folgt schon daraus, daß die nichtige AG als gültig fingiert wird, und die Einzahlungspflicht der Gesellschafter ergibt sich bereits aus dem § 298 HGB in Verbindung mit § 149 HGB [19] [20]). Wenn man nun die Kapitalerhöhung und somit auch die im Wege der Kapitalerhöhung durchgeführte Fusion als ein der Gesellschaftsgründung ähnlichen Vorgang auffaßt, so würde in analoger Anwendung des § 309 HGB die Nichtigkeit der Fusion nur im Klagewege geltend gemacht werden können und bis zum Urteil die zwar nichtige und zu Unrecht durchgeführte Fusion kraft gesetzlicher Fiktion als gültig bestehen. Hier schon kann es bedenklich erscheinen, die Mängel, die zur Nichtigkeit der Fusion führen, mit denen des Gesellschaftsvertrages in § 309 gleichzusetzen. Doch ließe sich dies im Rahmen einer Analogie noch halten. In Weiterfortführung der Analogie würde mit dem Urteil die übernehmende AG in ein der Liquidation ähnliches Stadium treten, das wir mit Entfusionierungsstadium bezeichnen könnten. Die Entfusionierung müßte dann nach den Vorschriften über die Liquidation durchgeführt, besonders das Vermögen der übertragenden AG an diese zurückübertragen werden. An diesem Punkt scheitert jedoch unsere Analogie. Während wir bei der Annahme einer ex tunc-Wirkung der Nichtigkeit zwanglos ein „Wiederaufleben" der übertragenden AG feststellen können, ist bei analoger Anwendung der §§ 309 ff. kein Rechtsgrund ersichtlich, der eine solche Annahme rechtfertigen könnte. Denn indem wir den nichtigen Rechtsakt der Fusion bis zum Urteil als gültig fingieren und mit dem Urteil sogar legitimieren, bestätigen wir zugleich, daß trotz Nichtigkeit der Fusion die erstrebte Rechtsänderung eingetreten und somit die übertragende AG erloschen ist. Das Urteil kann die AG nicht wieder zum Leben erwecken. Auch § 307 HGB bietet keinen Ausweg, denn einmal ist keine GV mehr vorhanden, die einen Fortsetzungsbeschluß fassen

[17]) Staub-Pinner, § 309 Anm. 12; Brodmann § 311.

[18]) ders. ebendort.

[19]) Staub-Pinner, § 311 Anm. 5.

[20]) Auf die sich hieraus ergebenden Bedenken gegen die alleinige analoge Anwendung des § 311 Abs. 3 HGB zugunsten Dritter kann erst im Zusammenhang mit dem Gläubigerschutz eingegangen werden, der seinerseits erst behandelt werden kann, wenn die zeitliche Wirkung der Nichtigkeit klar bestimmt ist (vgl. insbesondere unten S. 43).

könnte, und außerdem hat mit unserer Fiktion von der gültigen Fusion auch der Zweck der Vermögensveräußerung als erreicht zu gelten. Man kann eine Vorschrift wie den § 309 f. HGB, die sich mit dem Schicksal einer AG befaßt, nicht auf die Fusion analog anwenden, an der zwei AG beteiligt sind; wir müssen es deshalb de lege lata bei der Rückwirkung der Nichtigkeit bewenden lassen.

Wenn im folgenden die einzelnen Rechtswirkungen der Nichtigkeit zur Erörterung gelangen, soll bei den verschiedenen Problemen zunächst immer die Fusion ohne Liquidation mit Kapitalerhöhung als Ausgangspunkt der Betrachtung zugrunde gelegt werden; im Anschluß daran werden, soweit sich eine abweichende Rechtslage ergibt, auch die anderen Fusionsarten berücksichtigt.

I. Kapitel:

Die Rechtswirkungen im Innenverhältnis der beiden AG.

§ 10. a) Das „Wiederaufleben" der übertragenden AG und die Vermögensauseinandersetzung.

Mit der Nichtigkeit des Gesamtaktes der Fusion ist nach obigem auch der Auflösungsbeschluß nichtig. Die übertragende AG ist demnach nicht erloschen, sondern ist die ganze Zeit über existent gewesen. Schultze-v. Lasaulx [1]) spricht hier von einem „Wiederaufleben" der AG. Dieser Ausdruck kann leicht irreführen, denn von einem „Wiederaufleben" kann man nur dann sprechen, wenn die AG aufgehört hatte zu existieren, wie z. B. im Fall der Anfechtung. Hier ist die Fusion zunächst gültig und die AG erloschen, erst das auf die Anfechtungsklage ergehende Gestaltungsurteil stellt rückwirkend den früheren Rechtszustand wieder her und läßt damit die erloschene AG wiederaufleben. Anders im Fall der absoluten Nichtigkeit, wo die AG eben niemals untergegangen ist. Man wird jedoch, wenn man sich dies stets vor Augen hält, den Ausdruck „Wiederaufleben" nicht mißverstehen.

Die AG lebt mit allen ihren Organen wieder auf. Der alte Aufsichtsrat tritt wieder in Funktion, ebenso der Vorstand, soweit dieser von der übernehmenden AG übernommen wurde [2]). Auch die

[1]) Ih. Jahrb. 79/369 und Leipz. rechtsw. Stud. S. 77.

[2]) Ist dies nicht der Fall, sondern ist das Vertragsverhältnis zwischen dem Vorstand und der AG — ein gewöhnlicher Dienstvertrag — z. B. aus Ersparnisgründen aufgelöst, so muß ein neuer Vorstand bestellt werden, denn der alte Dienstvertrag lebt nicht wieder auf (vgl. unten S. 48).

Generalversammlung tritt wieder in Erscheinung. Die Aktionäre der übertragenden AG, die ihre Aktien abgeben mußten und dafür Aktien der übernehmenden AG erhielten, haben dennoch nicht aufgehört, Aktionäre der übertragenden AG zu sein. Sie haben deshalb einen Anspruch auf Aushändigung ihrer alten Aktien oder, wenn diese bereits eingestampft sind, von Ersatzaktien [3] [4]).

Endlich ist noch darauf hinzuweisen, daß die AG als vollaktive Gesellschaft wiederauflebt; nicht bedarf es eines Fortsetzungsbeschlusses nach § 307 HGB.

Wie die AG nicht untergegangen ist, so ist auch ihr Vermögen nicht auf die übernehmende AG übergegangen, und die übertragende AG kann somit ihr Vermögen von der übernehmenden AG herausverlangen. Wenn Schultze-v. Lasaulx [5]) und Heymann [6]) hier von Bereicherungsansprüchen sprechen, so ist dies unzutreffend, soweit sie damit den Rechtstatbestand bezeichnen wollen, auf dem der Herausgabeanspruch der AG basiert, zutreffend dagegen, wenn sie damit den Umfang des Anspruchs meinen, denn da die Universalsukzession [7]) nicht eingetreten ist, steht das Vermögen der übertragenden AG. ipso jure wieder zu. Dem Tatbestand nach ist der Anspruch also ein dinglicher, nur dem Umfange nach kann er sich nach Bereicherungsgrundsätzen bemessen [8]).

Soweit die Nichtigkeit innerhalb des Sperrjahres (§ 306 Abs. V HGB) festgestellt wird, werden sich keine besonderen Schwierigkeiten ergeben, vorausgesetzt naturgemäß, daß die Vermögen pflichtgemäß nach § 306 Abs. II HGB getrennt verwaltet wurden. Die Rechtslage ist hier ähnlich wie im Fall des § 2031 BGB [9]). Hier wie dort ist der Tod einer Person fälschlich angenommen worden; ein Unterschied besteht nur darin, daß beim Erbfall das Vermögen infolge des Unterganges der Rechtspersönlichkeit des Erblassers auf den Erben übergeht, während bei der Fusion umgekehrt die Rechtsper-

[3]) vgl. R. Goldschmidt a. a. O. S. 117.

[4]) Obwohl die übertragende AG ex tunc wiederauflebt, wird es sich doch als notwendig erweisen, die Zulassung der alten Aktien bzw der Ersatzaktien zum Börsenhandel noch einmal zu beantragen, denn es wird nicht angängig sein, auf den Prospekt, der bei der Erstemission dem Antrag auf Zulassung gemäß § 38 Abs. 2 S. 1 des Börsengesetzes beigefügt und veröffentlicht war, zu verweisen. Dies folgt schon aus § 38 Abs. 2 S. 2 des Börsengesetzes.

[5]) Ih. Jahrb. 79/369.

[6]) a. a. O. S. 250.

[7]) vgl. oben S. 7.

[8]) RGZ 81/204 (206).

[9]) So Naendrup: Rechtsscheinwirkungen im Aktienrecht in Heymanns Beiträgen zum Wirtschaftsrecht II S. 882 f.

sönlichkeit der AG infolge des Vermögensüberganges erlischt [10]). Ich möchte jedoch nicht annehmen, daß dieser Unterschied in der Kausalität die analoge Anwendung des § 2031 BGB in Verbindung mit §§ 2018 ff. BGB verbietet [11]).

Die übertragende AG kann demnach gemäß § 2018 BGB ihr bewegliches und unbewegliches [12]) Vermögen herausverlangen. Sind die Gegenstände in natura nicht mehr vorhanden, so steht der AG nach § 2019 das Surrogat zu, Nutzungen und Früchte gebühren ihr gemäß § 2020. Die Herausgabepflicht der übernehmenden AG bemißt sich gemäß § 2021 nach den Vorschriften über die ungerechtfertigte Bereicherung, so daß auf diesem Wege die übertragende AG auch an dem inzwischen eingetretenen Verlust beteiligt wird.

Die Auseinandersetzung während des Sperrjahres wird schon Anlaß zu Meinungsverschiedenheiten zwischen den AG geben, erst recht, wenn nach Ablauf des Sperrjahres die beiden Vermögensmassen vereinigt worden sind. Beide AG werden behaupten, daß die Gewinngeschäfte allein ihrem Vermögensanteil zu verdanken seien und deshalb ihnen gut geschrieben werden müßten, während sie versuchen werden, die Verlustgeschäfte der anderen AG zuzuschieben. Um eine endlose Reihe von Prozessen zu vermeiden, wird sich daher in der Praxis empfehlen, daß der Richter einen Vergleich herbeiführt auf der Basis proratarischer Verteilung von Gewinn und Verlust, berechnet nach dem Wertverhältnis der beiden Vermögen zueinander.

Bei der Fusion mit Liquidation hat der Auflösungsbeschluß nicht den unmittelbaren Uebergang des Vermögens und das Erlöschen der Gesellschaft zur Folge, sondern die AG tritt zunächst in das Stadium der Liquidation. Dieser wird mit der Nichtigkeit des Auflösungsbeschlusses der Boden entzogen [13]), die AG ist in Wahrheit nicht in Liquidation getreten, die Einsetzung der Liquidatoren entbehrte der Rechtsgrundlage, sie haben somit als falsi procuratores gehandelt. Auch hier ist also die AG nicht untergegangen, vorausgesetzt allerdings daß sie noch Vermögen besitzt, denn ohne ein solches ist m. E. die Existenz einer AG als Kapitalgesellschaft nicht denkbar [14]).

---

[10]) vgl. oben S. 2.

[11]) Auch der Erbschaftsanspruch ist wie der Eigentumsherausgabeanspruch ein dinglicher. Daß er sich nach Bereicherungsgrundsätzen bemißt, ändert daran nichts.

[12]) Das Grundbuch ist durch die nichtige Fusion unrichtig geworden. Die übertragende AG hat somit den Grundbuchberichtigungsanspruch aus § 894 BGB.

[13]) vgl. Ullmann: Fusion S. 89; Brodmann: § 308.

[14]) vgl. ebenso: KG. in JW 27/1383; 32/2623; a. M. Staub-Pinner § 292 Anm. 23; RG 124/296. Als Argument für die hier vertretene Ansicht sei

Die Liquidation im Fall des § 305 HGB vollzieht sich dergestalt, daß die Liquidatoren gemäß § 303 Abs. III HGB nach Erfüllung der Verbindlichkeiten das restliche Vermögen im Wege der Einzelübertragung [15]) an die übernehmende AG ausantworten. Ist die Fusion nichtig, so handeln die Liquidatoren zwar als falsi procuratores, jedoch erlangen ihre Handlungen im Verhältnis der AG zu Dritten Wirksamkeit durch den Rechtsschein, der durch die Eintragung des Auflösungsbeschlusses und der Liquidatoren (§ 296 HGB) erzeugt wird [16]). Im Verhältnis zu der übernehmenden AG [17]) dagegen fehlt mit der Nichtigkeit der Fusion die causa für Einzelübertragungsakte [18]), so daß die übertragende AG gemäß §§ 812 ff. BGB ihr Vermögen zurückverlangen kann. Diese Bereicherungsansprüche sind ohne Zweifel als Vermögenswerte anzusehen, so daß der Annahme eines Wiederauflebens der AG keine Bedenken entgegenstehen. Eine andere Frage ist, ob die AG als vollaktive oder nur als liquidierende AG wiederauflebt. Ich möchte das erstere annehmen, denn wenn wir gesagt haben, daß der Liquidation mit der Nichtigkeit des Auflösungsbeschlusses der Boden entzogen wird, so heißt das nichts anderes, als daß die AG nicht in Liquidation getreten ist; der Rechtsschein, der den Akten der Liquidatoren im Verhältnis zu Dritten Gültigkeit verleiht, ändert an der wahren Rechtslage nichts.

Mit dem Wiederaufleben der AG ergibt sich gleichzeitig die Notwendigkeit, die AG wieder in das Handelsregister einzutragen. Die Wiedereintragung ist aber nicht Voraussetzung für das Wiederaufleben der AG, wie es die Eintragung für das Entstehen der AG ist (§ 200 Abs. I HGB). Für eine „konstitutive" Wirkung der Eintragung ist hier kein Raum, da trotz Löschung die AG nicht untergegangen ist. Die Eintragung ist somit nur von deklaratorischer Bedeutung.

---

auf das Gesetz vom 9. X. 34 (RGBl. Nr. 113 S. 914) verwiesen. Nach § 2 dieses Gesetzes kann eine AG, die kein Vermögen besitzt, auf Antrag oder von Amts wegen gelöscht werden. Man muß deshalb annehmen, daß ein Wiederaufleben und Wiedereintragung der AG nicht möglich ist, wenn ein Vermögen nicht mehr vorhanden ist.

[15]) vgl. oben S. 6.

[16]) Näheres über den Rechtsschein vgl. unten S. 45 f.

[17]) Die übernehmende AG ist nicht Dritter, sondern beide AG sind hinsichtlich der auf die Fusion bezüglichen Eintragungen als eine Einheit anzusehen, da sie gemeinsam auf denselben Rechtserfolg hinwirkten.

[18]) Das Vermögen steht hier der AG nicht wie bei der Universalsukzession ipso jure wieder zu, denn die einzelnen rechtsgeschäftlichen Uebertragungsakte werden in ihrer Wirksamkeit durch die Nichtigkeit der Fusion nicht unmittelbar berührt.

§ 11. b) Die „gewährten" Aktien.

1. Die jungen Aktien.

Da wir es mit einer Fusion von Aktiengesellschaften zu tun haben, ist es von besonderer Wichtigkeit, festzustellen, welche Wirkung die Nichtigkeit der Fusion auf die Aktien ausübt, die die übernehmende AG gewährt hat.

Bei der Fusion mit Kapitalerhöhung werden die zur Fusion benötigten Aktien durch Kapitalerhöhungsbeschluß ad hoc geschaffen. Ist dieser nichtig, so erhebt sich die Frage, ob damit auch die Aktien ihre Gültigkeit verlieren. Dies verneint Heymann [19]), auf drei Entscheidungen des RG [20]) Bezug nehmend, mit der Begründung, die Aktien könnten nicht deshalb nichtig sein, weil bei ihrer Schaffung eine gesetzliche Vorschrift nicht gehörig beachtet sei; die Nichtigkeit von Aktien könne nur dann eintreten, wenn das Gesetz sie androhe. Unterzieht man die angeführten RG-Entscheidungen einer näheren Betrachtung, so muß man feststellen, daß das RG sich keineswegs eindeutig für die Gültigkeit der Aktien erklärt hat. Was die Entscheidung im 40. Bd. anlangt, so ist diese noch nach altem Recht ergangen. Es waren hier Aktien vor Eintragung des Kapitalerhöhungsbeschlusses ausgegeben worden, und das RG hatte die Aktien für gültig erklärt, weil nach der Vorschrift des Art. 215 c Abs. 3 Satz 2 ADHGB Aktien vor der Eintragung des Beschlusses nur nicht ausgegeben werden s o l l e n und die Verletzung dieser bloßen Sollvorschrift die Nichtigkeit der Aktien nicht herbeiführe. Die Sachlage ist also eine ganz andere: der Kapitalerhöhungsbeschluß ist nicht nichtig, sondern gültig, wenn auch noch nicht eingetragen, und außerdem ist in dem, dem Art. 215 ADHGB entsprechenden, § 287 HGB das s o l l e n durch k ö n n e n ersetzt, was nach allgemeiner Ansicht bedeutet, daß die Nichtbeachtung dieser Vorschrift die Nichtigkeit der Aktien zur Folge hat. Die Entscheidung im 85. Bd. behandelt die Frage der analogen Anwendbarkeit des § 77 Abs. III GmbH-Ges. (§ 311 Abs. III HGB) auf die Kapitalerhöhung, sagt aber über die Gültigkeit der Aktien nichts. Im 79. Bd. endlich handelt es sich um einen nur anfechtbaren Kapitalerhöhungsbeschluß, der zudem noch durch Ablauf der Anfechtungsfrist gültig geworden war. Nur zwischen den Zeilen kann man lesen, daß das RG vielleicht auch im Fall der Nichtigkeit sich für die Gültigkeit der Aktien ausgesprochen hätte, um „nicht die rechtliche und wirtschaftliche Existenz der Kapitalgesellschaft in Frage zu stellen".

[19]) a. a. O. S. 251.
[20]) RGZ 40/147 (150); 79/112 (115); 85/311 (314).

Im übrigen stellt Heymann nur eine Behauptung auf, die jeder näheren Begründung entbehrt.

Von anderer Seite [21]) ist die analoge Anwendung des § 794 BGB angeregt worden. Ich will nicht näher auf die Frage eingehen, ob sich nicht die Anwendung der Vorschriften über die Inhaberschuldverschreibung auf die Inhaberaktie wegen des Unterschieds zwischen der ersteren als schuldrechtlichem und der letzteren als korporationsrechtlichen Papier überhaupt verbietet. Eine entsprechende Anwendung des § 794 BGB auf den Fall des nichtigen Kapitalerhöhungsbeschlusses kommt aus dem Grunde nicht in Frage, weil die Rechtslage eine ganz andere ist. Im § 794 BGB ist der die Verbindlichkeit begründende Akt der Ausstellung rechtlich völlig intakt, nur ist die Urkunde ohne Willen des Ausstellers in den Verkehr gelangt. Anders im vorliegenden Fall. Die Aktienurkunde ist zwar Wertpapier [22]), aber kein konstitutives, d. h. nicht die Ausstellung der Urkunde begründet das verbriefte Recht, sondern dies geschieht durch den Kapitalerhöhungsbeschluß [23]). Im Gegensatz zu § 794 BGB ist hier also der Kreationsakt rechtlich nicht intakt, so daß eine analoge Anwendung des § 794 auf die Inhaberaktie sich nicht rechtfertigen läßt [24]).

Auch wirtschaftlich würde die Gültigkeit der Aktien zu keinem befriedigenden Ergebnis führen. Handelte es sich bei dem Vermögen der übertragenden AG um bedeutende Kapitalwerte, so kann der Fortfall desselben bei der übernehmenden AG eine Unterbilanz zur Folge haben, denn der Posten: Vermögen der übertragenden AG ist auf der Aktivseite zu streichen, während das neu geschaffene Aktienkapital auf der Passivseite bestehen bleibt. Es können somit möglicherweise die Passiva die Aktiva überwiegen. Die übernehmende AG wird also bestrebt sein, einen Ausgleich zu schaffen. Als Weg hierfür schlägt Naendrup [25]) eine Kondiktion der Aktien vor. Diese

---

[21]) vgl. z. B. Staub-Pinner § 223 Anm. 25; Jacobi: die Wertpapiere, in Ehrenbergs Handb. IV, 1. Hälfte, S. 324 f.; Prausnitz: Aktie und Inhaberschuldverschreibung, in Heymanns Beiträgen zum Wirtschaftsrecht, II, S. 1130 ff.

[22]) Brodmann, § 179 Anm. 3; Hallstein: die Aktienrechte der Gegenwart, 1931, S. 91.

[23]) Brodmann, § 179 Anm. I; Hallstein a. a. O. S. 91; J. v. Gierke a. a. O. S. 294; Düringer-Flechtheim, § 222 Anm. 2.

[24]) Die Rechtsprechung des RG bezüglich der Nichtanfechtbarkeit der Aktienzeichnung läßt sich auf vorliegenden Fall nicht ausdehnen (vgl. Staub-Pinner, § 287 Anm. 3).

[25]) a. a. O. S. 899, der zwar Nichtigkeit der jungen Aktien annimmt, jedoch der Ansicht ist, daß der Besitz nichtiger Aktien einen Rechtsschein

Möglichkeit lehnt R. Goldschmidt [26]) von vornherein mit der Begründung ab, daß die Bereicherung der Neuaktionäre nicht auf Kosten der Aktiengesellschaft selbst erfolgt sei, sondern es hätte sich nur die Stellung ihrer Altaktionäre verschlechtert. Dem ist zuzustimmen: Unter Passiva hat man nicht nur die Schulden der Gesellschaft zu verstehen, sondern alles das, was die Gesellschaft an Werten besitzen muß, damit sie gedeihen kann. Die Aufnahme eines Passivpostens in die Bilanz zielt darauf hin, das Aktivvermögen bis zu der Höhe zu binden, die notwendig ist, die Gesellschaft zu erhalten und zu fördern. Der Zweck ist also nicht der, das Verhältnis der Aktiva zu den Schulden im eigentlichen Sinn festzustellen(Vermögensbilanz), sondern eine Gegenüberstellung der verteilungsfähigen (Aktiva) und der für die Gesellschaft erforderlichen und damit zurückzubehaltenden (Passiva) Werte, die ersehen läßt, welcher Betrag als für die Gesellschaft nicht erforderlich gemäß § 215 HGB an die Aktionäre verteilt werden kann. (Verteilungsbilanz) [27]). Es gehört deshalb auch das Grundkapital zu den Passiven (§§ 261 a B I, 261 Ziff. 6 HGB), obwohl es keine Schuld. die Aktionäre nicht Gläubiger der Gesellschaft sind. Es ist auch kein Wertmesser des Vermögens, sondern stellt nur eine Sicherung dafür dar, daß das Vermögen in entsprechender Höhe nicht verteilt werden darf, sondern zur Verfügung der Gesellschaft bleiben muß [28]). Wenn also das Aktienkapital erhöht wird, ohne daß wie hier sich das Aktivvermögen vergrößert, so bedeutet dies nicht, daß sich die Schuldenlast der Gesellschaft erhöht und damit das Aktivvermögen verringert hat, sondern nur, daß ein entsprechend höherer Betrag des Aktivvermögens von der Verteilung ausgeschlossen ist. Der Wert des Aktivvermögens bleibt dadurch unberührt [29]). Die Gesellschaft selbst ist also nicht beeinträch-

---

des Mitgliedschaftsrechts ausstrahle, der für den gutgläubigen Erwerb durch Dritte von Bedeutung sei und somit ein geeignetes Objekt der Kondiktion bilde. Ebenso Hueck (a. a O. S. 218), der für den Fall, daß der Kapitalerhöhungsbeschluß selbst Mängel aufweist, zwar auch Nichtigkeit der jungen Aktien annimmt (a. a. O. S. 220 Anm. 45), jedoch den hier vertretenen Standpunkt (vgl. oben S. 18 Anm. 3), daß der Kapitalerhöhungsbeschluß ipso jure von der Nichtigkeit des Gesamtaktes mitergriffen wird, ablehnt und so zur Gültigkeit der Aktien gelangt, die aber sine causa ausgegeben und darum kondizierbar seien.

[26]) a. a. O. S. 117.

[27]) vgl. Staub-Pinner, § 260 b Anm. 3 a.

[28]) Schlegelberger-Quassowski-Schmölder: Verordnung über Aktienrecht, 1932, § 261 Anm. 35 S. 216.

[29]) Die Vergrößerung des Kreises von Personen, die einen Anspruch auf Dividende und den Liquidationserlös haben, stellt keine Belastung dar denn der Anspruch ist kein fest umgrenzter, sondern ein quotenmäßiger

tigt — der Fortfall des Vermögens der übertragenden AG muß hierbei außer Betracht bleiben, da er das Verhältnis der Gesellschaft zu den Aktionären nicht berührt —, es fehlt somit ein Grunderfordernis für die Kondiktion. Eine beeinträchtigende Wirkung übt die Kapitalerhöhung nur auf die Stellung der Altaktionäre aus, denn ihre quotenmäßige Beteiligung am Gesellschaftsvermögen verschiebt sich zu ihren ungunsten [30]), auch müssen sie sich mit den Neuaktionären in die Dividende teilen, die wegen des Fortfalls des Vermögens der übertragenden AG nicht einmal höher ausfallen wird.

Theoretisch könnte die AG natürlich die Unterbilanz durch eine Kapitalherabsetzung beseitigen, sei es durch Herabsetzung des Nennbetrages der Aktien, sei es durch Zusammenlegung derselben. Doch lassen sich diese Maßnahmen nicht auf eine bestimmte Zahl von Aktien beschränken, sondern der Grundsatz von der gleichmäßigen Behandlung aller Gesellschafter verlangt, daß alle Aktionäre herangezogen werden [31]). Es hätten also auch die Altaktionäre unter der Kapitalherabsetzung zu leiden, und es erscheint sehr zweifelhaft, daß diese in der nach § 288 HGB erforderlichen Generalversammlung ihre Zustimmung erteilen werden [32]).

Einen anderen Weg weist Brodmann [33]). Nach ihm ist in analoger Anwendung der Vorschriften über die Nichtigkeit einer AG die Kapitalerhöhung nicht von Anfang an nichtig, sondern muß mit dem Nichtigkeitsurteil rückgängig gemacht werden und zwar unter entsprechender Herabsetzung des Grundkapitals durch entgeltliche Amortisation der — nach dieser Konstruktion — gültigen Aktien. Man muß aber mit R. Goldschmidt [34]) fragen, wie Brodmann sich diese Amortisation vorstellt. Das als Gegenwert für die Aktien hingegebene Vermögen der übertragenden AG steht dieser ipso jure wieder zu [35]). Die entgeltliche Amortisation kann also nur

dessen Umfang sich nach dem vorhandenen Geldbetrag und der Zahl der Berechtigten bemißt.

[30]) Eine gesetzliche Kompensation erfährt diese Beeinträchtigung durch das Bezugsrecht des § 282, das aber gerade für den Fall der Fusion durch § 305 Abs. I ausgeschlossen ist. Näheres über die Einwirkung der Kapitalerhöhung auf das Beteiligungsverhältnis der Aktionäre am Gesellschaftsvermögen bei Brodmann, § 282.

[31]) vgl. Brodmann, § 290 Anm. I.

[32]) Ebensowenig bietet § 227 HGB einen Ausweg, da die Voraussetzungen dieses Paragraphen nicht erfüllt sein werden.

[33]) a. a. O. § 308 und § 311 Anm. 3 b.

[34]) a. a. O. S. 118.

[35]) Daß die Ausdehnung der Analogie auch auf die übertragende AG nicht möglich ist, wurde bereits dargelegt (vgl. oben S. 20 f.).

mit Hilfe von Reservefonds bewerkstelligt werden, was zu einem erheblichen Kapitalverlust führen kann. Außerdem ist diese entgeltliche Amortisation wirtschaftlich garnicht erforderlich, denn die Inhaber der jungen Aktien sind, wie wir gleich noch näher sehen werden, um die Aktien sine causa bereichert [36]). Man würde also nur die Bereicherung um die Aktien durch eine solche um Bargeld ersetzen.

Wenn nun die AG keine Möglichkeit hat, die jungen Aktien zurückzuerlangen, kommen wir zu dem Ergebnis, daß die Inhaber dieser Aktien — soweit sie Ersterwerber sind, d. h. sie von der AG direkt erhalten haben — auf einmal ohne jeden Grund Aktionäre zweier Gesellschaften sind, denn da die Nichtigkeit ex tunc wirkt, haben sie nicht aufgehört, Aktionäre der übertragenden AG zu sein [37]). Auf der anderen Seite ist möglicherweise bei der übernehmenden AG eine Unterbilanz entstanden, die zum Konkurs führen kann, und sind die Altaktionäre erheblich geschädigt.

Dieser Sachlage Rechnung tragend, muß man deshalb, wie es auch die h. M. [38]) tut, aus rechtlichen wie aus wirtschaftlichen Gründen zur Nichtigkeit der auf Grund eines nichtigen Kapitalerhöhungsbeschlusses ausgegebenen Aktien gelangen.

Dies bedarf einer eingehenden Begründung, denn das Scheitern aller Versuche, die Gültigkeit der Aktien und ihr Uebereinstimmen mit den wirtschaftlichen Erfordernissen zu beweisen, berechtigt nicht, das Gegenteil nur zu behaupten. Hueck (a. a. O.) begründet die Nichtigkeit damit, daß bei der Kapitalerhöhung der Beschluß unmittelbar zu dem die Rechtswirkung erzeugenden Tatbestand gehöre; der Beschluß selbst, nicht die auf Grund desselben von einem anderen Organ vorgenommene Handlung sei die Ursache der Rechtswirkung. Ebenso sagt Staub-Pinner (a. a. O.), müsse wie der Akt der Schaffung auch das, was er geschaffen habe, nichtig sein. Kein Recht entsteht von selbst, stets bedarf es eines Aktes, der es erzeugt, sei es eines rein tatsächlichen wie beider Okkupation, sei es eines rechtsgeschäftlichen, sei es eines zweiseitigen wie beim Wechsel nach der Vertragstheorie oder bei der Bestellung von Pfandrechten, sei es eines einseitigen wie bei der Schuldverschreibung auf den Inhaber oder beim Wechselakzept nach der Kreationstheorie.

Man könnte nun einwenden, daß zwar der Kapitalerhöhungsbeschluß nichtig ist, aber doch die Aktienurkunde ordnungsgemäß

[36]) Wenn auch nicht auf Kosten der übernehmenden AG, so doch immerhin auf Kosten der Altaktionäre derselben.

[37]) vgl. oben S. 23.

[38]) vgl. Staub-Pinner, § 287 Anm. 3; Flechtheim: Festschrift für Zitelmann, S. 28; R. Goldschmidt a. a. O. S. 117; Hueck a. a. O. S. 220 Anm. 45; Breit, ZHR 95/430; Lehmann-Ring, § 308.

ausgestellt ist. Die Ausstellung der Urkunde begründet aber das Mitgliedschaftsrecht nicht[39]), und zwar aus folgendem Grunde: Aktien, die vor Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister ausgegeben werden, sind, auch wenn sie ordnungsgemäß ausgestellt sind, nach § 209 Abs. 2 HGB nichtig, da bis zur Eintragung die Aktiengesellschaft gemäß § 200 Abs. I HGB nicht besteht, somit die Urkunde kein aktienrechtliches Mitgliedschaftsrecht verbriefen kann. Eine folgerichtige Weiterführung dieses Gedankens ist der § 287 Abs. I HGB. Solange der Kapitalerhöhungsbeschluß nicht in das Handelsregister eingetragen ist, ist gemäß § 277 Abs. 3 HGB eine AG mit erweiterter Kapitalgrundlage nicht vorhanden. Auch hier fehlt es also an einem Rechtsgebilde, dessen Mitgliedschaftsrecht man erwerben könnte. Ist nun der Beschluß zwar eingetragen, er selbst aber nichtig, so liegt der Fall ebenso, denn da die Eintragung für sich allein keine rechtserzeugende Kraft hat[40]), ist auch hier die Grundlage der Gesellschaft nicht erweitert, folglich ist eine Vermehrung der Mitgliedschaftsrechte undenkbar und somit die Aktienurkunde ein nullum.

Bisher ist davon ausgegangen worden, daß die nichtigen Aktien sich noch in der Hand der Ersterwerber, d. h. der Aktionäre der übertragenden AG befinden. Im folgenden soll die Frage untersucht werden, ob die nichtigen Aktien durch gutgläubigen Erwerb dritter Personen Gültigkeit erlangen. Im allgemeinen[41]) wird angenommen, daß auch der gutgläubige Dritte kein Aktienrecht erwirbt.

Die Aktie ist, wie bereits hervorgehoben[42]), Wertpapier, und zwar erscheint sie in zwei Arten: als Namensaktie und als Inhaberaktie. Die gesetzliche Präsumption spricht für die Namensaktie (§ 183 Abs. I HGB), während sich die Praxis überwiegend der Inhaberaktie wegen ihrer größeren Negociabilität bedient[43]). Die Namensaktie pflegt in der Regel Orderpapier zu sein (§ 222 Abs. III HGB). Ist sie Rektapapier, so wird das Aktienrecht im Wege der Zession übertragen. Hier erwirbt ohne Zweifel der redliche Dritte kein gültiges Mitgliedschaftsrecht, denn gemäß § 413 BGB finden auf die Uebertragung die §§ 398 ff. BGB entsprechende Anwendung und ein gutgläubiger Erwerb von Rechten ist nach diesen Vorschriften ausgeschlossen.

---

[39]) vgl. oben S. 27.

[40]) vgl. oben S. 19.

[41]) vgl. R. Goldschmidt a. a. O. S. 117; Brodmann, § 222 Anm. 2b; Staub-Pinner, § 223 Anm. 25.

[42]) vgl. oben S. 27.

[43]) vgl. Düringer-Flechtheim, Vorb. zu §§ 222/23 Anm. 1.

Ist dagegen die Aktie auf Order gestellt, so findet § 222 Abs. III Satz 2 HGB Anwendung und der redliche Indossatar der Aktie genießt den weitgehenden Schutz des § 16 Abs. 2 Wechs. Ges. (Art. 74 WO). So extensiv auch § 16 Abs. 2 WG (Art. 74 WO) von Wissenschaft und Praxis interpretiert wird, erstreckt sich der gute Glaube doch immer nur auf die Verfügungsbefugnis und die Verfügungs- (Geschäfts-) fähigkeit des Veräußerers und die Gültigkeit des Begebungsvertrages [44]), nicht dagegen wird der gute Glaube an die Gültigkeit des Wertpapiers geschützt [45]). Auch § 17 WG (Art. 82 WO), dessen analoge Anwendbarkeit auf die Namensaktie zudem sehr bestritten ist [46]), kann den redlichen Erwerber nicht schützen. Die Einrede der Ungültigkeit der Aktie ist eine exceptio in rem, denn der nichtige Kapitalerhöhungsbeschluß ist kein Mangel des Grundgeschäfts, sondern ein Mangel der Kreation des verbrieften Rechts, der die Gültigkeit des Inhalts der Urkunde berührt und somit jedem Erwerber entgegengehalten werden kann.

Nicht anders liegt der Fall, wenn die Aktie auf den Inhaber ausgestellt ist. Auch hier mag es dahingestellt bleiben, ob § 796 BGB zur entsprechenden Anwendung gelangt [47]), denn aus denselben Gründen wie bei der Orderaktie kann die AG jedem Erwerber die Ungültigkeit der Aktie entgegenhalten.

Eine andere Frage ist es, ob sich der Dritterwerber nicht auf den Rechtsschein [48]) des eingetragenen Kapitalerhöhungsbeschlusses

[44]) s. Näheres hierüber bei Staub-Stranz: WO, 12. Aufl. Art. 74 Anm. 3.

[45]) vgl. Marcuse bei Holdheim 22/254; Brodmann § 222 Anm. 2 b.

[46]) Es wird vielfach aus der Nichtzitierung des Art. 82 WO in § 222 Abs. III HGB der Schluß gezogen, daß dieser Artikel auf die Namensaktie keine analoge Anwendung finde, da er allein auf den Wechsel als schuldrechtlichem Wertpapier zugeschnitten sei, während die Aktie ein korporationsrechtliches Wertpapier ist. Ebensowenig könne § 364 Abs. II HGB herangezogen werden, da er nur für die sachenrechtlichen Wertpapiere des § 363 HGB Geltung beanspruchen könne. Dagegen vertritt Jacobi (in Ehrenbergs Handb. IV, 1 Abt. S. 217) die Ansicht, daß Art. 74 WO keine Bedeutung habe, wenn man nicht Art. 82 WO sinngemäß als Ergänzung heranziehe. Ebenso Staub-Pinner (§ 223 Anm. 12), der zwar nicht Art. 82 WO, aber § 364 Abs. II HGB zur entsprechenden Anwendung bringt; vgl. bei Staub-Pinner auch nähere Literaturangabe über diese Streitfrage.

[47]) vgl. hierüber Jacobi a. a. O. S. 324; Prausnitz in Heymanns Beiträgen zum Wirtschaftsrecht II, S. 1130 f. Staub-Pinner, § 223 Anm. 25, der offenbar das einheitliche Mitgliedschaftsrecht in seine korporationsrechtlichen und schuldrechtlichen Elemente auflösen und nur auf letztere die §§ 793 ff. BGB zur Anwendung bringen will. Es könnte danach einen Kreis von Personen geben, die nicht Gesellschafter sind, und doch Anspruch auf Dividende und Liquidationsquote haben.

[48]) über den Rechtsschein unrichtiger Eintragungen vgl. unten S. 45 f.

und der erfolgten Kapitalerhöhung (§ 305 Abs. 2 HGB) berufen und so dem Einwand der Nichtigkeit der Aktien begegnen kann. Es mag zweifelhaft erscheinen, ob der Rechtsschein zwingende Gesetzesvorschriften wie z. B. § 287 HGB außer Kraft setzen kann, doch wird man dies annehmen dürfen. Man wird aber aus einem anderen Grunde die vorliegende Frage vereinen müssen: Voraussetzung für die Berufung auf den Rechtsschein der Eintragung ist, daß derjenige, der sich auf den Rechtsschein beruft, im Verhältnis eines Dritten zu demjenigen steht, in dessen Angelegenheiten die Eintragung erfolgte. Nun steht zwar der Dritterwerber im Augenblick des Aktienerwerbes noch außerhalb des Gesellschaftsverbandes, ist also noch D r i t t e r der Gesellschaft gegenüber, doch geht sein Erwerb dahin, zum Aktionär der Gesellschaft zu werden, also nicht mehr D r i t t e r zu bleiben. Diese Tendenz des Erwerbes der Aktie beraubt den Erwerber der Möglichkeit, sich auf den Rechtsschein zu berufen [49]) [50]).

Welche Folgerungen ergeben sich nun aus der Nichtigkeit der Aktien? Wie das Vermögen der übertragenden AG auf der Aktivseite, so ist jetzt unter den Passiva das neu geschaffene Aktienkapital zu streichen. Die Gefahr einer Unterbilanz ist damit gebannt. Die Altaktionäre der übernehmenden AG bleiben mit derselben Quote am Gesellschaftsvermögen beteiligt, auch hinsichtlich der Dividende verschlechtert sich ihre Stellung nicht. Auf der anderen Seite ist auch der redliche Dritterwerber nicht geschädigt. Zwar hat er kein Aktienrecht erworben, er kann sich aber nach §§ 437, 445 BGB im Regreßwege an seinen Vormann halten [51]). Der Erst-

[49]) a. M. Naendrup a. a. O. S. 899, der m. E. den Rechtsschein allzu weit ausdehnt, um angeblichen wirtschaftlichen Erfordernissen und solchen der Rechtssicherheit gerecht zu werden.

[50]) Dasselbe gilt auch für den Fall, daß die Aktie vom Inhaber verpfändet wird. Der Pfandgläubiger will ein quantitatives minus des Mitgliedschaftsrechts erwerben. Auch er ist also nicht mehr D r i t t e r.

[51]) vgl. R. Goldschmidt a. a. O. S. 117. Breit (ZHR 95/430) will jedem Inhaber einer nichtigen Aktie der übernehmenden AG einen Anspruch auf Aushändigung einer Aktie der übertragenden AG geben. M. E. läßt sich diese Ansicht nicht halten. Aus dem rückwirkenden Wiederaufleben der übertragenden AG folgt, daß nur die Personen einen solchen Anspruch haben, die im Augenblick der Fusion Aktionäre der übertragenden AG waren, es sei denn, daß in jeder Weiterveräußerung einer Aktie der übernehmenden AG zugleich eine Abtretung des etwaigen Anspruchs auf eine alte Aktie der übertragenden AG zu erblicken wäre. Dies ist aber keineswegs der Fall, denn der Veräußerer wird nicht an die Möglichkeit der Nichtigkeit der Fusion gedacht haben und nicht immer willens sein, auf seine Beteiligung an der übertragenden AG zu verzichten.

erwerber, der aus der Garantiehaftung in Anspruch genommen wird, ist ebenfalls nicht beeinträchtigt, da er wiederum einen Anspruch auf Aushändigung der alten Aktien gegen die übertragende AG hat [52]).

Es soll nicht verkannt werden, daß auch bei Nichtigkeit der Aktien sich einige Zweifelsfragen erheben. So z. B. folgender Fall: die Veräußerung einer Aktie erfolgt in der Regel nicht unmittelbar vom Veräußerer zum Erwerber, sondern durch die Vermittlung einer Bank als Kommissionär, welche eine Provision verlangt. Stellt sich nun heraus, daß die Aktie nichtig ist, so erhebt sich die Frage, ob die Bank verpflichtet ist, die bereits gezahlte Provision wieder herauszugeben. Im § 396 HGB heißt es, daß die Provision fällig wird, wenn das Geschäft zur Ausführung gekommen ist. Man könnte nun Bedenken haben, ob ein Geschäft auch dann als „zur Ausführung gelangt" anzusehen ist, wenn der Kontrahent später gemäß § 437 BGB Regreß wegen Rechtsmängel nimmt. Man wird jedoch unter „Ausführung" weniger die juristisch einwandfreie Erfüllung als vielmehr die tatsächliche Durchführung des Geschäfts zu verstehen haben [53]). Es würde auch unserem Rechtsgefühl kaum entsprechen, dem Kommissionär, der von den Rechtsmängeln nichts wußte und die ihm vertragsmäßig obliegenden Pflichten erfüllt hat, die Provision wieder zu entziehen. Man wird allerdings einen Unterschied zu machen haben, je nachdem es sich um eine Verkaufskommission oder eine Einkaufskommission handelt. Im ersteren Fall hat der Inhaber der nichtigen Aktien den Auftrag erteilt, diese konkreten Aktien zu verkaufen. Hier erscheint mir die obige Entscheidung billig. Bei der Einkaufskommission geht der Auftrag dagegen dahin, noch nicht konkretisierte, aber jedenfalls gültige Aktien einer bestimmten Gesellschaft zu kaufen. Hier möchte ich annehmen, daß die Provision nicht fällig geworden und bei bereits erfolgter Zahlung wieder herauszugeben ist, denn die Bank erfüllt ihren Auftrag nicht, wenn sie statt Aktien wertloses Papier liefert.

Von Interesse für die Beteiligten ist auch eine steuerrechtliche Frage. Die Veräußerung von Aktien unterliegt gemäß § 17 Teil III

[52]) Die Berechtigung zu diesem Anspruch muß naturgemäß nachgewiesen werden. Soweit es sich um Namensaktien handelt, gibt das Aktienbuch Auskunft darüber, wer einen solchen Anspruch hat; bei Inhaberaktien dagegen werden sich Schwierigkeiten ergeben, denn die Inhaber der Aktien der übertragenden AG mußten diese zur Verfügung stellen, um die Umtauschaktien der übernehmenden AG in Empfang zu nehmen. Sind diese nun weiterveräußert, so wird sich nur mit größter Mühe feststellen lassen, wem eine solche Umtauschaktie ausgehändigt worden ist.

[53]) vgl. Düringer-Hachenburg-Lehmann, § 396 Anm. 6.

des Kapitalverkehrssteuergesetzes vom 16. Oktober 1934 (RGBl. I S. 1058) der Börsenumsatzsteuer. Diese Steuer setzt naturgemäß ein gültiges Wertpapier voraus. Stellt sich also später die Nichtigkeit der Aktie heraus, so entfällt damit die rechtliche Grundlage für die Steuerleistung. Man wird annehmen müssen, daß der Steuerzahler den bereits gezahlten Betrag zurückverlangen kann [54]).

Bei näherem Nachforschen würden sich sicher noch mehrere Schwierigkeiten aufdecken lassen, jedoch können sie alle gegenüber den großen Vorteilen, die die Nichtigkeit der Aktien bietet, nicht ins Gewicht fallen [55]).

Nur auf ein wichtiges Problem soll noch näher eingegangen werden: Da wir bei der absoluten Nichtigkeit mit der Möglichkeit zu rechnen haben, daß eine längere Zeit verstrichen ist, bevor dieselbe festgestellt wird, müssen wir bedenken, daß auf Seiten der übernehmenden AG gerade mit Hilfe der nichtigen Aktien Generalversammlungsbeschlüsse gefaßt worden sein können, die möglicherweise — bspw. mit satzungsänderndem Inhalt — für die Gesellschaft von allergrößter Tragweite sind. Wir haben daher die Frage zu prüfen, ob solche GV-Beschlüsse, bei deren Fassung die nichtigen Aktien den Ausschlag gegeben haben, ipso jure nichtig oder nur anfechtbar sind. Ueber die Beantwortung dieser Frage gehen die Ansichten sowohl in der Wissenschaft als auch besonders in der Judikatur stark auseinander. Das RG hat sich in ständiger Rechtsprechung [56]) für die Anfechtbarkeit ausgesprochen. Es vertritt den Standpunkt, daß man die Bedeutung des äußerlich ordnungsmäßigen Tatbestandes der Protokollierung und Verkündung der Beschlüsse nicht unterschätzen dürfe. Dieser schaffe zwar keinen vollgültigen Beschluß, jedoch habe das Gesetz gegen solche, statutarische oder gesetzliche Bestimmungen — gemeint sind Bestimmungen über die zur Beschlußfassung erforderliche Majorität — verletzende, Beschlüsse das Mittel der Anfechtungsklage in Gestalt des § 271 HGB gegeben. Wollte man hier absolute Nichtigkeit annehmen, so würde man § 271 HGB fast jede Bedeutung entziehen [57]). Demgegenüber vertritt das KG in ebenso ständiger Rechtsprechung [58]) die gegenteilige Ansicht: Wenn eine un-

[54]) Dieses eine steuerrechtliche Beispiel mag genügen. Es würde zu weit führen, die Wirkung der Nichtigkeit auf alle bei der Fusion und im Zusammenhang mit ihr fällig werdende Steuern zu prüfen.

[55]) Ueber die auf nichtige Aktien ausgezahlte Dividende vgl. unten S. 40 f.

[56]) vgl. z. B. RGZ 60/413/414; 75/241; 111/230.

[57]) ebenso Hueck: a. a. O. S. 86; Lehmann-Ring, § 271 Anm. 8; Fürst: LZ 1912 S. 512.

[58]) vgl. z. B. OLG 16/94; 32/129.

genügende oder nur scheinbare Mehrheit in der GV einen Beschluß fasse, so läge nur dem äußeren Schein nach ein Beschluß vor. In Wahrheit sei kein solcher zustande gekommen, sondern ein juristisches Nichts [59]).

Auf den ersten Blick erscheint die Argumentierung des KG überzeugend. Wenn z. B. das Gesetz im § 275 Abs. I HGB für einen satzungsändernden Beschluß eine Dreiviertel-Mehrheit für erforderlich erklärt, so gibt es damit die Voraussetzungen an, unter denen die GV ihren Willen zu äußern hat. Ist die Majorität nicht erreicht, so hat die GV ihren Willen, die Satzung zu ändern, nicht geäußert. In Ermangelung dieses rechtserzeugenden Aktes wäre demnach eine Rechtsänderung nicht eingetreten. Dennoch möchte ich mich im Ergebnis dem RG anschließen. Die gesetzlichen oder statutarischen Mehrheitsbestimmungen haben nicht die Bedeutung, daß bei Nichterlangung der Mehrheit gar kein Beschluß vorliegen soll, sondern er soll nur nicht als gültige Willensäußerung der GV gewertet werden. Der Beschluß als solcher bleibt als anfechtbarer Akt bestehen. Die Beschlußfassung der GV ist, wie Fürst mit Recht bemerkt [60]), die innere Willens b i l d u n g der Gesellschaft; die Willens ä u ß e r u n g liegt beim Vorstand, der das Recht und die Pflicht hat, die GV-Beschlüsse zu verkünden [61]). Ist nun der mit ungenügender Majorität — oder was dasselbe ist, mit Hilfe nichtiger Aktien — gefaßte Beschluß ordnungsgemäß vom Vorstand verkündet, so ist die Rechtslage dieselbe wie im § 119 BGB. Die Summe der stimmberechtigten Aktionäre in der GV ist vergleichbar mit dem Gehirn des Menschen, der den Willen bildet, während der Vorstand die Funktion des Mundes erfüllt, der den Willen in der Außenwelt in Erscheinung treten läßt. Beide Faktoren zusammen ergeben die Willens e r k l ä r u n g des Menschen wie der Aktiengesellschaft. Wie nun im § 119 BGB das Auseinanderfallen von Willensbildung und Willensäußerung nicht zur absoluten Nichtigkeit, sondern nur zur Anfechtbarkeit führt, darf auch im Aktienrecht der Beschluß nicht als absolut nichtig angesehen werden, sondern es findet § 271 HGB Anwendung. Nur so können wir die Rechtswirkungen der Nichtigkeit der Fusion auf die im unmittelbaren Zusammenhang mit ihr stehenden Rechtsakte beschränken und sie in einigermaßen engen Grenzen halten und laufen nicht Gefahr, Rechtsakte der übernehmenden AG noch für nichtig erklären zu müssen, die zeitlich lange hinter der Fusion liegen.

[59]) ebenso Hachenburg: GmbH § 45 Anm. 15; Staub-Pinner § 273 Anm. 16; Horrwitz: das Recht der Generalversammlungen, S. 228/229.

[60]) a. a. O. S. 511.

[61]) vgl. RGZ 75/242; 82/187; Staub-Pinner, § 256 Anm. 12 a.

§ 12. 2. Eigene und Vorratsaktien.

Ganz anders gestaltet sich die Rechtslage, wenn bei der Fusion eigene oder Vorratsaktien gewährt worden sind. Der Kapitalerhöhungsbeschluß, der sie geschaffen hat, liegt zeitlich vor der Fusion, er steht mit ihr in keinem Zusammenhang und ist nicht Teil des Gesamtaktes. Er wird somit von der Nichtigkeit der Fusion nicht mitergriffen und auch die durch ihn geschaffenen Aktien bleiben in ihrer Gültigkeit unberührt. Während wir bei den jungen Aktien eine Kondiktion derselben mangels einer Beeinträchtigung der Gesellschaft ablehnen mußten, erheben sich Bedenken gegen eine solche der eigenen und der Vorratsaktien nicht. Erwirbt eine Aktiengesellschaft ihre eigenen Aktien im Rahmen des § 226 HGB zurück, so vermindert sich damit nicht etwa ihr Grundkapital, so daß unter den Passiva der den zurückerworbenen Aktien entsprechende Posten des Aktienkapitals gestrichen werden könnte, wohl aber sinkt der Betrag, bis zu welchem das Aktivvermögen aus gesellschaftlichen Gründen gebunden werden muß [62]). Da die Passiva um den Posten der eigenen Aktien nicht verringert werden können, muß der entsprechende Betrag auf der Aktivseite eingesetzt werden (§ 261 a A IV Ziff. 5 HGB). Die eigenen Aktien sind deshalb Bestandteile des Aktivvermögens der Gesellschaft. Die Vorratsaktien dagegen sind selbst auf der Passivseite zu buchen, da sie ordnungsmäßig ausgegebene Anteilsrechte sind; nur ist die Person, an die sie ausgegeben sind, durch bestimmte vertragliche Abreden in ihrer Verwertung gebunden, die dahin gehen können, daß die gebundene Person entweder die Aktien stets zur Verfügung der Gesellschaft halten muß und sie nur an diese zurückübertragen darf oder die Gesellschaft einen Anspruch auf den durch die freie Weiterveräußerung erzielten Erlös hat. Nur dieser Anspruch ist aktivierbar, gehört somit zum Aktivvermögen der Gesellschaft, und zwar bestimmt sich seine Höhe nach dem voraussichtlich durch die Verwertung zu erzielenden Erlös unter Abzug der Kosten und der Provision der gebundenen Person [63]). Werden diese Aktien ausgegeben, so ist bei den eigenen Aktien der ihnen entsprechende Posten, bei den Vorratsaktien der Anspruch auf den Erlös auf der Aktivseite zu streichen. Mit Ausgabe dieser Aktien vermindert sich also das Aktivvermögen der Gesellschaft; diese ist somit beeinträchtigt [64]).

---

[62]) vgl. oben S. 27 f.

[63]) vgl. Schlegelberger-Quassowski-Schmölder a. a. O. § 261 Anm. 21; Schmulewitz a. a. O. S. 87/88.

[64]) Neben der AG werden bei Ausgabe von eigenen Aktien auch ihre Altaktionäre beeinträchtigt, da gemäß § 226 Abs. V HGB das Stimmrecht und

Es ist nunmehr zu prüfen, ob die Voraussetzung der unmittelbaren ungerechtfertigten Bereicherung der Aktieninhaber gegeben ist. Der zwischen den Vorständen der beteiligten AG abgeschlossene Fusionsvertrag enthält besonders die Vereinbarungen über das Umtauschverhältnis der Aktien, d. h. in welcher Höhe Aktien der übernehmenden AG zu gewähren sind. Diese Aktien werden nicht der übertragenden AG ausgehändigt, sondern werden direkt an die Aktionäre dieser Gesellschaft ausgegeben. Es liegt also ein Vertrag zugunsten Dritter vor dergestalt, daß sich die übernehmende AG der übertragenden AG gegenüber verpflichtet, ihren Aktionären, die hier als Dritte im Sinn der §§ 328 ff. BGB anzusehen sind, Aktien zu gewähren[65]). Es ist m. E. rechtlich nicht denkbar, daß die Aktien auch an die übertragende AG gewährt werden können[66]), denn die übernehmende AG wird die Aktien nur Zug um Zug mit der Uebertragung bzw. gesetzlichen Uebergang des Vermögens der übertragenden AG ausgeben. In diesem Augenblick ist letztere nicht mehr empfangsfähig, da sie nicht mehr existiert.

Beim Vertrag zugunsten Dritter unterscheidet man gemeinhin das Deckungsverhältnis, d. h. das Kausalverhältnis zwischen Promittent (übernehmende AG) und Promissar (übertragende AG), und das Valutaverhältnis, d. h. das Kausalverhältnis zwischen Promissar und Drittem (Aktionäre der übertragenden AG). Ein Kausalverhältnis zwischen dem Promittenten und dem Dritten besteht an sich nicht, doch kann gemäß § 334 BGB der Promittent Einwendungen aus dem Deckungsverhältnis auch dem Dritten gegenüber geltend machen. Die ratio legis dieser Vorschrift ist, daß der Promittent nicht dadurch schlechter gestellt sein soll, daß er nicht an den Promissar, sondern an einen Dritten zu leisten hat. Auf diesem Gedanken aufbauend folgert die h. M.[67]) aus § 334

der Anspruch auf Reingewinn aus eigenen Aktien ruhen, beide Rechte aber naturgemäß wiederaufleben, wenn die Aktien wieder ausgegeben werden. Bei den Vorratsaktien kommt es auf die vertraglichen Vereinbarungen an. Im allgemeinen wird man annehmen können, daß der Inhaber der Vorratsaktien, der echter Aktionär ist, Stimmrecht sowohl wie Anspruch auf Reingewinn hat (vgl. Schmulewitz a. a. O. S. 72/73). In diesem Fall würde somit die Stellung der Altaktionäre nicht verschlechtert.

[65]) vgl. RG in JW 29/2946; Schultze-v. Lasaulx, Ih. Jahrb. 79/353; Heymann a. a. O. S. 234.

[66]) so Staub-Pinner, § 305 Anm. 3; Naendrup a. a. O. S. 886/887, der in jedem Fall die übertragende AG als mittelbare Stellvertreterin ihrer Aktionäre ansieht.

[67]) vgl. Staudinger-Werner, § 334 Anm. I; v. Tuhr II, 2. Abt. S. 100 Anm. 217; RG in Warn. Rechtspr. 1915 Nr. 163; a. A. Planck-Siber, § 334 Anm. I b und Vorb. III, 3 b vor § 328.

BGB in Verbindung mit § 813 BGB, daß der Promittent die in Unkenntnis einer die Geltendmachung des Anspruchs dauernd ausschließenden Einrede erbrachte Leistung auch von dem Dritten zurückverlangen kann. Daraus folgt für vorliegenden Fall, daß die übernehmende AG die Aktien von den ehemaligen Aktionären kondizieren kann, allerdings auch nur von diesen. Sind die Aktien bereits weiterveräußert, so ist die Gesellschaft auf den Ersatzanspruch des § 818 Abs. II BGB angewiesen, denn die Dritterwerber sind nicht ungerechtfertigt bereichert, da causa ihres Rechtserwerbes nicht der Fusionsvertrag, sondern das zwischen ihnen und den Veräußerern abgeschlossene Kausalgeschäft ist.

Soweit die Gesellschaft die Aktien bzw. ihren Wertersatz nicht zurückerlangen kann, weil die Inhaber nicht mehr bereichert sind, muß sie in dieser Höhe den Verlust tragen. Naendrup [68]) will ihr allerdings in dieser Höhe das Recht einräumen, das Vermögen der übertragenden AG zurückzubehalten [69]). Nach der hier vertretenen Ansicht, daß der Fusionsvertrag hinsichtlich der Umtauschaktien der übernehmenden AG ein Versprechen zugunsten Dritter enthält [70]), ist ein solches Zurückbehaltungsrecht nicht denkbar, denn der Anspruch auf Rückübertragung der Aktien richtet sich nicht gegen die übertragende AG, sondern gegen die Aktionäre [71]). Es fehlt somit an dem Erfordernis der Gegenseitigkeit (§ 273 BGB bzw. § 369 HGB). Nicht kann man die Gegenseitigkeit dadurch herstellen, daß man § 334 BGB umkehrt und sagt, Einreden, die sich aus den Beziehungen des Promittenten zum Dritten ergeben, können auch dem Promissar entgegengehalten werden. Zu einem solchen Umkehrschluß ist man durch nichts berechtigt.

Aber auch wenn man mit Naendrup [72]) annimmt, daß nicht die Aktionäre, sondern die übertragende AG zur Rückübertragung der Aktien verpflichtet und somit das Erfordernis der Gegenseitigkeit erfüllt ist, kommt man m. E. zu keinem wirtschaftlich besseren Ergebnis. Man wälzt nur den Verlust von der übernehmenden AG auf die übertragende AG ab, indem diese nun einen Teil ihres Vermögens einbüßt, auf der anderen Seite aber ihren Aktionären verpflichtet bleibt, ihnen ihre alten Aktien wieder auszuhändigen. Ich kann Naendrup [73]) darin nicht folgen, daß die übertragende AG von

---

[68]) a. a. O. S. 901 f.
[69]) ebenso Breit, ZHR 95/416.
[70]) vgl. oben S. 38.
[71]) vgl. R. Goldschmidt a. a. O. S. 118.
[72]) vgl. oben S. 38 Anm. 66.
[73]) a. a. O. S. 891 und 901 f.

dieser Verpflichtung in Höhe des nicht zurückerhaltenen Vermögens befreit sein soll. Der Anspruch auf Aushändigung der alten Aktien resultiert doch aus der ex-tunc-Wirkung der Nichtigkeit, indem die Aktionäre nicht aufgehört haben, Aktionäre der übertragenden AG zu sein. Dieser Anspruch ist also völlig unabhängig davon, ob die übertragende AG ihr ganzes Vermögen zurückerhält oder nur einen Teil. Der einzige Weg ist nur der, daß die übertragende AG in entsprechender Höhe ihr Kapital herabsetzt. Dennoch würde aber immer der Vermögensverlust bestehen bleiben.

§ 13. c) Spitzenausgleich und Dividende.

α) Spitzenausgleich.

Nicht immer werden die Aktionäre der übertragenden AG über einen Aktienbesitz verfügen, der nach dem im Fusionsvertrage festgelegten Umtauschverhältnis einer bestimmten Zahl von Aktien der übernehmenden AG entspricht, sondern es werden sich häufig sog. Spitzen ergeben. Nehmen wir z. B. den Fall an, daß das Umtauschverhältnis 1 : 4 beträgt und ein Aktionär nur über drei Aktien der übertragenden AG verfügt, also nicht genug, um eine Aktie der übernehmenden AG dafür einzutauschen. Diese Spitze wird dadurch ausgeglichen, daß der Aktionär entweder noch eine Aktie der übertragenden AG hinzu erwirbt oder aber seine Aktien gemäß § 290 HGB für kraftlos erklärt werden und die übernehmende AG ihn mit Geld abfindet[74]). Ist die Fusion nichtig, so ist er um diesen Betrag ungerechtfertigt bereichert, denn mit Nichtigkeit der Fusion verliert die Kraftloserklärung seiner Aktien ihre Gültigkeit und auch er ist Aktionär der übertragenden AG geblieben. Die übernehmende AG kann somit diese Barbeträge kondizieren.

β) Dividende.

Weniger übersichtlich ist die Rechtslage bezüglich der in der Zwischenzeit ausgezahlten Dividende. Wir wollen zunächst von dem

[74]) Es kann im Zusammenhang nicht näher auf das Problem der Zuzahlungen bei Fusionen eingegangen werden. Es sei hier auf die Aufsätze von Brodmann: ZBH. 1927/124 f.; Hachenburg: LZ 1911/646 f.; Junck: LZ 1924/499 f. hinsichtlich des Spitzenausgleichs verwiesen, im besonderen vgl. R. Goldschmidt a. a. O. S. 39; F. Goldschmit: die Aktiengesellschaft, 1927, § 305 A. 19; Staub-Pinner, § 305 Anm. 10; Brodmann, § 305 Anm. 3 b. Auch über die Frage, ob die Abfindung nur so vollzogen werden kann, daß für die Spitzen neue Aktien der übernehmenden AG ausgestellt und für Rechnung der Spitzeneigentümer verkauft werden, oder ob die übernehmende AG ohne dieses Verfahren die Spitzen ausgleichen kann, vgl. die oben Zitierten.

Tatbestand ausgehen, daß die Dividende auf nichtige Aktien ausgezahlt ist.

Der den Aktionären gemäß § 213 HGB zustehende Anspruch auf den Reingewinn ist ein Ausfluß ihres Mitgliedschaftsrechts [75]). Hiervon ausgehend folgern Hueck [76]) und Flechtheim [77]), daß die auf nichtige Aktien ausgezahlte Dividende sine causa hingegeben und deshalb kondizierbar sei. Zwar brauche nach § 217 Abs. I S. 2 HGB ein Aktionär das, was er in gutem Glauben als Gewinnanteil bezogen habe, nicht wieder zurückzuzahlen, doch habe § 217 Abs. I S. 2 HGB zur Voraussetzung, daß die Dividende an Aktionäre gezahlt sei, während die Inhaber nichtiger Aktien jedoch in Wahrheit keine Aktionäre seien. Demgegenüber vertritt Naendrup [78]) die Ansicht, daß die Dividende nicht zurückverlangt werden könne, da im Fall des § 217 Abs. I S. 2 HGB den Inhabern nichtiger Aktien der Schutz ihres Vertrauens auf den Rechtsanschein ihres Mitgliedschaftsrechts nicht versagt werden dürfe.

Ich möchte mich im Ergebnis Naendrup anschließen, und zwar mit folgender Begründung: Hueck und Flechtheim ist zuzugeben, daß § 217 Abs. I S. 2 HGB keine Anwendung finden kann, da die Inhaber nichtiger Aktien keine Aktionäre sind; sie stehen überhaupt in keiner korporationsrechtlichen Verbindung mit der Gesellschaft, sondern haben die Stellung eines ‚Dritten' ihr gegenüber. Gerade weil sie aber nicht Gesellschafter, sondern Dritte sind, muß ihr Vertrauen auf die eingetragene Kapitalerhöhung und die Gültigkeit der durch diese geschaffenen Aktien geschützt werden. Nun haben wir gesagt [79]), daß ein Dritterwerber der nichtigen Aktien sich nicht auf den Rechtsschein der Eintragung berufen kann, weil sein Erwerb darauf hinzielt, die Stellung eines Gesellschafters zu erlangen, und haben eben weiterhin gesagt, daß der Anspruch auf den Reingewinn ein Ausfluß des Mitgliedschaftsrechts sei. Man müßte doch nun eigentlich konsequent bezüglich der Dividende den Schutz des Vertrauens auf den Rechtsschein versagen, denn was für das Hauptrecht gilt, muß erst recht für die Nebenrechte Geltung haben. Doch wenn auch der Anspruch auf Reingewinn als Ausfluß des Aktienrechts den Bestimmungen über die Mitgliedschaftsrechte unterliegt, so verwandelt sich dieser Anspruch mit der Beschlußfassung der GV über den Reingewinn (§ 260 HGB) in ein von dem Mitgliedschafts-

---

[75]) vgl. Staub-Pinner, § 213 Anm. 9; Brodmann, § 213 Anm. 5 a.
[76]) a. a. O. S. 220.
[77]) in Festschrift für Zitelmann, S. 33.
[78]) a. a. O. S. 893.
[79]) vgl. oben S. 33.

recht losgelöstes, selbständig abtretbares und verpfändbares Drittgläubigerrecht, so daß der Aktionär zu gleicher Zeit Gesellschafter ist und der Gesellschaft gegenüber die Stellung eines Dritten einnimmt, wie ein beliebiger Gläubiger, der bspw. eine Kaufpreisforderung gegen die Gesellschaft hat [80]). In dieser Eigenschaft als Drittem kann dem Inhaber der nichtigen Aktien hinsichtlich der Dividende der Schutz seines Vertrauens auf den Rechtsschein nicht versagt werden. Die Gesellschaft kann somit die bereits ausgezahlte Dividende nicht zurückverlangen.

Ist die Dividende auf gültige und nur kondizierbare Aktien ausgezahlt worden, so findet § 217 Abs. I S. 2 HGB Anwendung, denn der Umstand, daß die Aktien ohne Rechtsgrund erworben sind, berührt die Stellung des Inhabers als Aktionär nicht.

2. Kapitel:
Die Rechtswirkungen im Außenverhältnis.

§ 14. a) Gläubigerschutz.

Während im Innenverhältnis der beteiligten Gesellschaften und ihrer Aktionäre möglichst der ursprüngliche Zustand wieder herzustellen ist, muß bezüglich des Außenverhältnisses unser Bestreben dahin gehen, dritte Personen vor den Rechtswirkungen der nichtigen Fusion zu schützen. Unser Ziel muß sein, die Auswirkungen der Nichtigkeit der Fusion, die doch allein auf Mängeln beruht, die ihren Ursprung in fehlerhaften Akten der Gesellschaften haben, auch auf diese zu beschränken und zu verhindern, daß Personen in Mitleidenschaft gezogen werden, deren Kontrolle und Einfluß diese Akte entzogen sind.

Von besonderer Bedeutung und einschneidendster Wirkung ist die Nichtigkeit der Fusion für Gläubiger, die nach der Fusion mit der übernehmenden AG kontrahiert haben, denn zwar werden ihre vertraglichen Beziehungen durch die Nichtigkeit der Kapitalerhöhung nicht berührt, wohl aber verringert sich die Haftung der Gesellschaft um den dem Vermögen der übertragenden AG entsprechenden Betrag [1]). Es wurde bereits schon einmal [2]) darauf hingewiesen, daß das RG [3]) in der Erkenntnis der besonderen Schutz-

[80]) vgl. RGZ 37/64; 87/386; 98/320; Staub-Pinner, § 213 Anm. 12; Egger Dividendenbezugsrecht des Aktionärs, 1930, S. 284; a. M. Brodmann, § 213 Anm. 5 b.

[1]) vgl. Schultze-v. Lasaulx, Ih. Jahrb. 79/369 f.

[2]) vgl. oben S. 20.

[3]) vgl. RGZ 85/311 (315); 120/363 (369); JW 34/1488.

bedürftigkeit des auf die eingetragene Kapitalerhöhung vertrauenden Gläubigers den § 311 Abs. 3 HGB auf die nichtige Kapitalerhöhung analog angewandt hat, mit dem berechtigten Hinweis, daß die Kapitalerhöhung ein der Gesellschaftsgründung ähnlicher Vorgang sei, indem sie den durch die Gründung geschaffenen Bestand der Gesellschaft vergrößere und wie die Gesellschaft selbst (§ 200 Abs. I HGB) erst mit der Eintragung in das Handelsregister Wirksamkeit erlange (§§ 277 Abs. 3, 287 Abs. I HGB) [4]. Schultze-v. Lasaulx (a. a. O.) dehnt diese Analogie auch auf die Fusion aus, „da die Fusion sich bei der übernehmenden AG im wesentlichen als Kapitalerhöhung auswirke und auch diese trotz gewisser Unterschiede zur gewöhnlichen Kapitalerhöhung den rechtlichen Bestand der Gesellschaft erweitere. Die analoge Anwendung des § 311 Abs. 3 HGB bedeute, da bei der Fusion von Einzahlungen der Gesellschafter nicht die Rede sein könne, daß die Vermögen beider Gesellschaften diesen Gläubigern gesamtschuldnerisch haften".

Gegen diese Analogie erheben sich m. E. gewisse Bedenken. Wie bereits dargelegt [5], wird die nichtige Aktiengesellschaft vom Gesetz nicht als von Anfang an nichtig angesehen, sondern die zu unrecht bestehende Gesellschaft mit dem die Nichtigkeit aussprechenden Urteil in eine gültige, vom Gesetz anerkannte Liquidationsgesellschaft verwandelt. Hieraus versteht es sich von selbst, daß die Gesellschafter die versprochenen Einzahlungen, soweit erforderlich, zu leisten haben, denn diese Einzahlungsverpflichtung bei der Liquidation ist bereits im § 298 Abs. I HGB in Verbindung mit § 149 HGB vorgesehen. Sie ist hier zwar nicht expressis verbis ausgesprochen, ergibt sich aber aus dem Sinn dieser Vorschriften [6].

Demgegenüber ist die nichtige Fusion von Anfang an unwirksam, sie hat keine Rechtsänderung herbeigeführt; weder bedarf es zur Geltendmachung der Nichtigkeit notwendigerweise der Klage, noch tritt die übernehmende AG mit der Eintragung der Nichtigkeit in Liquidation. Heißt es da nicht den § 311 Abs. III HGB, der überhaupt nur im Zusammenhang mit den §§ 309 ff. HGB zu verstehen ist, völlig aus diesem logischen Zusammenhang herausreißen, wenn man ihn auf die nichtige Fusion analog anwendet, bei der die Rechtslage eine ganz andere ist als bei der nichtigen Gesellschaft? Fernerhin ist noch folgendes zu beachten: die analoge Anwendung des § 311 Abs. 3 führt dahin, daß auch dem Gläubiger, der die Nichtigkeit der Fusion kennt, die Vermögen gesamtschuldnerisch haften,

---

[4]) ebenso Flechtheim in der Festschrift für Zitelmann, S. 28.
[5]) vgl. oben S. 20 f.
[6]) vgl. oben S. 21 u. Anm. 19.

denn nicht kann im § 311 Abs. 3 § 15 HGB herangezogen werden [7]), sondern, wie Naendrup richtig sagt [8]), stellt der Gesetzgeber in den §§ 309 ff. HGB die unwiderlegliche Vermutung auf, daß alle interessierten Dritten die Nichtigkeit der Gesellschaft nicht kennen, sondern auf ihre Eintragung vertrauen, und nimmt bei der Verfolgung seines Prinzips die unerwünschte Begleiterscheinung in Kauf, daß unter Umständen jemandem der Vertrauensschutz zustatten kommt, der in concreto nicht vertraut. Wenn auch diese unerwünschte Folge auf Grund der §§ 309 ff. HGB unvermeidbar ist, so liegt doch kein Grund vor, sie auf andere Rechtslagen zu übertragen. Vor allem aber gewährt § 311 Abs. 3 HGB auf der anderen Seite zu wenig Schutz, da er nur Geltung hat für Gläubiger, die mit der übernehmenden AG im Vertrauen auf die Kapitalerhöhung kontrahiert haben. Darüber hinaus gibt es aber viele ‚Dritte', deren Vertrauen ebenso schutzbedürftig ist. So hat z. B. ein Gläubiger der übertragenden AG, dessen Schuldner die übernehmende AG im Wege der Universalsukzession geworden ist, sich auf Grund dieser Rechtslage veranlaßt gesehen, Stundung, also Kreditverlängerung, zu gewähren. Ist die Fusion nichtig, so hat die übertragende AG nicht aufgehört, sein Schuldner zu sein. Rechtlich mag die Stundung unwirksam sein, da nicht dem wahren Schuldner gewährt, tatsächlich hat jedoch der Gläubiger den Zeitpunkt der Zahlung der Schuld hinausgeschoben. Auch er darf also durch die Nichtigkeit der Fusion nicht beeinträchtigt werden [9]). Oder nehmen wir folgenden Fall an: ein Gläubiger der übertragenden AG hat seine nun scheinbar gegen die übernehmende AG gerichtete Forderung abgetreten. Der neue Gläubiger ist zum Erwerb dieser Forderung veranlaßt worden, weil ihm die übernehmende AG besonders ‚gut' erschien. Dieser Gläubiger ist doch gewiß geschädigt, wenn sich nun herausstellt, daß die übertragende AG seine Schuldnerin ist, bei der vielleicht die Eintreibung der Schuld keine Aussicht auf Erfolg hat. In beiden Fällen erscheint es mir notwendig, daß auch diesen Gläubigern die beiden Vermögen gesamtschuldnerisch haften. Hierzu kann uns § 311 Abs. 3 nicht verhelfen, denn die analoge Anwendung dieser Vorschrift erstreckt sich nicht auf Gläubiger der übertragenden AG. Zudem ist es keineswegs notwendig, daß bei der übernehmenden AG eine Kapitalerhöhung erfolgt ist, die Gläubiger können durch die allgemeine günstige finanzielle Lage der übernehmenden AG zu ihrem Verhalten veranlaßt worden sein. Mit dem Fehlen der Kapitalerhöhung entfällt

---

[7]) vgl. Staub-Pinner, § 311 Anm. 4; Mosse-Heymann, § 311 Anm. 3.
[8]) a. a. O. S. 831.
[9]) a. M. Naendrup a. a. O. S. 913/914.

aber die Grundvoraussetzung der analogen Anwendbarkeit des § 311 Abs. 3 HGB.

Solche Fälle lassen sich noch viele bilden, mir scheint deshalb, daß wir mit Hilfe des § 311 Abs. 3 nicht zu dem gewünschten Ziel gelangen. Die Bedeutung dieser Vorschrift für die Fusion soll damit aber keineswegs verkannt werden. In den §§ 309 ff. HGB findet ein Rechtsgedanke Ausdruck, den wir im § 5 HGB wiederfinden, und der im öffentlichen Recht als Grundidee die sich auf den §§ 32 FGG und 115 BGB aufbauende Lehre vom fehlerhaften Staatsakt beherrscht: das Vertrauen auf Eintragungen in von staatlichen Behörden geführten öffentlichen Registern und auf von staatlicher Autorität getragene Rechtsakte muß geschützt werden, auch wenn sie der wahren Rechtslage nicht entsprechen.

Im § 15 HGB ist die Wirkung des Handelsregisters nur dahin festgelegt, daß eintragungspflichtige, aber nicht eingetragene Tatsachen redlichen Dritten nicht entgegengehalten werden können (Abs. I), auf der anderen Seite eingetragene und bekanntgemachte Tatsachen sich jeder Dritte entgegenhalten lassen muß, es sei denn, daß er sie weder kannte noch kennen mußte (Abs II). Das Handelsregister genießt hiernach also keinen „öffentlichen Glauben" wie das Grundbuch, sondern, wie M. Wolff zu sagen pflegt, „nur dem Schweigen des Handelsregisters kann man trauen". Das Vertrauen auf unrichtige Eintragungen wird nach § 15 HGB somit nicht geschützt. Im Laufe der Zeit hat sich jedoch erwiesen, daß dies eine starke Gefährdung der Sicherheit des Rechtsverkehrs zur Folge hat; Judikatur und Wissenschaft haben sich deshalb bemüht, § 15 HGB den Erfordernissen des Rechtsverkehrs anzupassen. In mehreren Entscheidungen [10]) hat das RG denjenigen, der eine Eintragung im Handelsregister veranlaßt und trotz ihrer Unrichtigkeit es schuldhaft unterläßt, für ihre Beseitigung zu sorgen, nach Maßgabe der Eintragung für gebunden erklärt, da die Anmeldung der Tatsache zur Eintragung im Handelsregister eine Erklärung an die Oeffentlichkeit darstelle, zu der der Erklärende stehen müsse. Auch in der Wissenschaft hat man sich eingehend mit der Frage der unrichtigen Eintragungen im Handelsregister beschäftigt [11]), und es haben sich so mit der Zeit neben dem § 15 HGB zwei Gewohnheitsrechtssätze herausgebildet, die J. von Gierke (a. a. O.) folgendermaßen formuliert hat:

a) Wer eine öffentliche Erklärung in handelsüblicher Weise abgibt, kann von einem redlichen Dritten an dieser Erklärung festgehalten werden, auch wenn sie unrichtig ist.

[10]) vgl. z. B. RGZ 51/37; 89/98; 93/227 f

[11]) vgl. Ehrenberg: Handbuch Bd. I S. 644 f.; Prausnitz: ZHR 96/14 f.; J. von Gierke: Handels- und Schiffahrtsrecht, 4. Aufl. S. 54.

b) Wer es schuldhafterweise unterläßt, für die Beseitigung einer unrichtigen Eintragung — zu ergänzen: auch wenn er sie nicht veranlaßt hat — zu sorgen, haftet dem redlichen Dritten nach Maßgabe der Eintragung.

Diese beiden Gewohnheitsrechtssätze beruhen auf der Erkenntnis, daß die Mitwirkung staatlicher Organe bei einer Erklärung an die Oeffentlichkeit kraft der Autorität des Staates, den sie vertreten, dieser den Schein der Richtigkeit verleiht, auf den die Allgemeinheit, auch wenn die Erklärung unrichtig ist, vertrauen können muß, da anderenfalls jede staatliche Autorität untergraben würde. Es kann deshalb derjenige, der bei einer Erklärung staatliche Organe und Institutionen, wie es der Registerrichter und das Handelsregister sind, in Anspruch nimmt, nicht die nunmehr von staatlicher Autorität getragene Erklärung für unverbindlich erklären [12]).

Es erzeugen somit die unrichtigen Eintragungen im Handelsregister einen Rechtsschein, der zugunsten redlicher Dritter an die Stelle der wahren Rechtslage tritt [13]). „Man setzt sich dabei mit vollem Bewußtsein aus Gründen der Verkehrssicherheit über die strenge Rechtskonsequenz hinweg, die bei Mangel einer Wirksamkeitsvoraussetzung das Geschäft selbst als unwirksam behandeln müßte. Man begünstigt damit zugleich das fortschrittliche Verkehrs- und Erwerbsinteresse auf Kosten des konservativen Erhaltungsinteresses, die Dynamik auf Kosten der Statik der Werte“ [14]).

Eine gesetzliche Bestätigung der eben entwickelten Gedanken finden wir, wie bereits erwähnt, im Handelsgesetzbuch in den §§ 5, 309 ff. Diese Bestimmungen stellen keine Sonderregelung dar, sondern bringen nur einen Rechtsgedanken zum Ausdruck, der allgemeine Gültigkeit beansprucht.

---

[12]) Ist allerdings derjenige, in dessen Angelegenheiten die Erklärung erfolgte, in keiner Weise an dieser beteiligt, d. h. hat er die einzutragende Tatsache weder angemeldet, noch es schuldhaft unterlassen, diese zu beseitigen, so ist er trotz der staatlichen Autorität an die Eintragung nicht gebunden. Das Handelsregister genießt also trotz der Ausweitung der Publizitätswirkung keinen öffentlichen Glauben.

[13]) Es erscheint mir nicht richtig, hier, wie Locher (Heymanns Beiträge zum Wirtschaftsrecht II S. 577), eine Scheidung zwischen der Registerwirkung nach § 15 HGB und der nebenher entwickelten Kundgebungswirkung der Anmeldung zu machen. Beide Wirkungen gehen Hand in Hand. Es soll das Vertrauen auf eine Willenskundgabe geschützt werden, die unter staatlicher Kontrolle erfolgt ist und damit die Vermutung der Richtigkeit für sich hat.

[14]) so Oertmann: ZHR 95/458.

So stellt es auch das RG in einer seiner jüngsten Entscheidungen [15]), in der es den § 311 II Abs. 3 HGB analog anwendet, weniger auf die gesetzliche Vorschrift selbst, als vielmehr auf den in ihr enthaltenen Gedanken des Rechtsscheins ab. Boesebeck [16]) hebt in seiner Besprechung dieses Urteils diesen Punkt besonders hervor und führt mit Recht aus, daß der tiefere Grund für die Rechtsentwicklung, die dahin geht, dem Rechtsschein eine erhöhte Bedeutung beizulegen, darin zu finden sei, daß es fast durchweg die Einzelperson ist, die sich auf die Rechtswirklichkeit beruft, während es die Allgemeinheit ist, die ein Interesse an der Aufrechterhaltung des Rechtsscheins hat. Mit der Abkehr vom Individualismus werden sich die Fälle häufen, wo die Rechtsentwicklung unter Durchbrechung der starren Rechtsnormen dem Rechtsschein den Vorzug vor der Rechtswirklichkeit gibt.

Auch Schultze-v. Lasaulx selbst betont diesen allgemeinen Rechtsgedanken. Denn wie soll man sich es anders erklären, wenn er sagt [17]), daß GV-Beschlüsse, die auf dem nichtigen Kapitalerhöhungsbeschluß beruhen, sich sachlich an ihn anschließen und inhaltlich seine Gültigkeit voraussetzen, zwar auch nichtig wären [18]), den Gläubigern gegenüber aber als gültig zu gelten hätten. Zu dieser richtigen Erkenntnis kommt man nicht mit Hilfe des § 311 Abs. 3, sondern nur mit dem Rechtsschein.

Zusammenfassend kommen wir zu dem Ergebnis, daß durch alle auf die Fusion bezüglichen Eintragungen im Handelsregister ein Rechtsschein erzeugt ist, der allen redlichen Dritten gegenüber, soweit ihnen aus der Nichtigkeit der Fusion ein Nachteil erwächst, an die Stelle der wahren Rechtslage tritt, so daß im Außenverhältnis die Gesellschaften sich so behandeln lassen müssen, als wäre die Fusion wirksam. Nur so kommt man m. E. zu einer gerechten Lösung der aus der Nichtigkeit resultierenden Schwierigkeiten.

Erst mit Löschung der Eintragungen im Handelsregister wird der Rechtsschein durch die Rechtswirklichkeit abgelöst. Daß dies redlichen Dritten gegenüber nicht mit rückwirkender Kraft geschieht, folgt notwendigerweise aus dem Begriff des Rechtsscheins. Erst in diesem Augenblick also ist der ursprüngliche Zustand in jeder Beziehung wieder hergestellt.

---

[15]) JW 34/1488 f.
[16]) ebendort.
[17]) a. a. O. S. 372/373 und Anm. I daselbst.
[18]) vgl. Hueck a. a. O. S. 227; RGZ 120/28 (31).

§ 15. b) Verträge und andere Rechtsverhältnisse und Rechte.

Grundsätzlich gehen bei der Fusion ohne Liquidation alle Rechte und Verbindlichkeiten der übertragenden AG auf die übernehmende AG über [19]). Ist die Fusion nichtig, so hat ein Uebergang nicht stattgefunden, Berechtigter bzw. Verpflichteter ist die übertragende AG geblieben. Schwieriger gestaltet sich die Rechtslage, wenn die Rechte und Verpflichtungen kraft ihrer besonderen Natur nicht übergehen, sondern mit dem Untergang der übertragenden AG erlöschen [20]). Hier ist zu unterscheiden, ob das Erlöschen auf Parteiakt (z. B. Kündigung, Rücktritt) oder auf Gesetz beruht.

Nehmen wir z. B. den Fall an, daß ein Vorstandsmitglied der übertragenden AG zwar von der übernehmenden AG übernommen werden soll, sein Tätigkeitsfeld bei dieser aber so eingeschränkt ist, daß ein wichtiger Grund zur Kündigung vorliegt und das Vorftandsmitglied die Kündigung gemäß § 626 BGB ausgesprochen hat. Stellt sich darauf die Nichtigkeit der Fusion heraus, so fällt damit der ‚wichtige Grund' fort. Die ausgesprochene Kündigung wird in ihrer Wirksamkeit dadurch aber nicht berührt. Man wird jedoch dem Vorstandsmitglied ein Anfechtungsrecht zugestehen dürfen. Der Kündigende befand sich in einem Irrtum über die Geschäftsgrundlage, den Fortbestand der übertragenden AG. Ein solcher Irrtum ist nach dem RG [21]) kein error in motivo, sondern ein beachtlicher Irrtum über die Erklärung selbst, so daß mit Ausübung des Anfechtungsrechtes sein alter Anstellungsvertrag wiederauflebt.

Wie nun, wenn das Erlöschen auf Gesetz beruht. Hier sind es besonders die Fälle, wo ein Vertrag mit dem Tode eines der Kontrahenten aufgelöst wird (vgl. z. B. § 673, 727 BGB. u. a. m.). Es erhebt sich zunächst die Frage, ob der Untergang einer AG im Wege der Fusion dem Tod einer physischen Person gleichzusetzen ist. Expressis verbis ist dies in den §§ 1061 S. 2, 1090 Abs. 2 BGB geschehen. Man wird hieraus folgern können, daß ganz allgemein der

[19]) Auf die Frage, welche Verträge im einzelnen und in welchem Umfang sie übergehen, kann hier nicht näher eingegangen werden. Es sei auf die eingehenden Ausführungen bei Staub-Pinner, § 306 Anm. 14 f.; R. Goldschmidt a. a. O. S. 75 f.; Flechtheim JW 27/1060 f. verwiesen.

[20]) nach Kohler (Arch. bürg. R. 40/309 f.) gibt es solche Rechte und Verbindlichkeiten nicht. Da nach ihm die übertragende AG nicht untergeht, sondern in der übernehmenden fortlebt, gehen auch die der Person anklebenden Rechte, wie z. B. der Nießbrauch, pers. beschränkte Dienstbarkeiten über.

[21]) vgl. RGZ 94/65 f.; 97/138 f.

Untergang der AG dem Tod der physischen Person gleichzusetzen ist, da bei der Fusion ähnlich wie beim Erbfall die Rechtspersönlichkeit der Gesellschaft erlischt und ihr Vermögen auf die andere Gesellschaft übergeht [22]). Wenn Breit [23]) demgegenüber den Standpunkt vertritt, daß überall da, wo ein Rechtsverhältnis durch den Tod einer physischen Person erlischt, dies seinen Grund in dem individuellen Moment der menschlichen Persönlichkeit hat und, da dieses bei der juristischen Person fehlt, die Rechtsverhältnisse nicht erlöschen, sondern auf die andere Gesellschaft übergehen, so ist dies in dieser dogmatischen Strenge nicht richtig. Zuzugeben ist, daß nur in den Fällen der §§ 1060, 1090 BGB das Recht mit dem Untergang der juristischen Person kraft zwingenden Rechts erlischt, während man in den übrigen Fällen dem Parteiwillen noch größeren Spielraum lassen wird als beim Tod der physischen Person [24]).

Ist nun bei der nichtigen Fusion die übertragende AG in Wahrheit nicht untergegangen, so können sich daraus die eigenartigsten Rechtsfolgen ergeben. War die AG z. B. Gesellschafterin einer Gesellschaft des bürgerlichen Rechts, so wäre bei gültiger Fusion die Gesellschaft, sofern der Gesellschaftsvertrag nichts anderes vorsah, gemäß § 727 BGB aufgelöst worden. Anders bei der nichtigen Fusion, da hier der Auflösungsgrund des „Todes" der Gesellschafterin nicht gegeben ist. Dennoch ist die Gesellschaft liquidiert, die übrigen Gesellschafter vielleicht schon längst anderswo engagiert.

Oder einen anderen Fall: der übertragenden AG ist ein Kommissionsauftrag erteilt worden. Auf diesen findet die Vorschrift des § 675 BGB und somit auch § 673 BGB Anwendung. Unterstellen wir einmal, daß der Auftraggeber eine Uebernahme des Auftrags durch die übernehmende AG nicht wünscht, dann hat der Auftraggeber, auf den Untergang der übertragenden AG vertrauend, gemäß § 673 BGB „anderweit Fürsorge getroffen". In Wahrheit ist der Auftrag nicht erloschen, da die übertragende AG noch besteht. Der Auftraggeber hätte demnach zwei Beauftragte, bzw. wenn das Kommissionsgeschäft inzwischen bereits zur Ausführung gekommen ist, einen Beauftragten, der den Auftrag tatsächlich aber nicht mehr ausführen kann.

Alle diese widersinnigen Rechtsfolgen lassen sich nur mit Hilfe des Rechtsscheins vermeiden. Alle Rechtsfolgen, die der scheinbare Untergang der übertragenden AG ausgelöst hat, bleiben von dem

---

[22]) vgl. RGZ 123/289 f.; RG in JW 29/1242; Staub-Pinner, § 306 Anm. 14.

[23]) ZHR 95/41.

[24]) ebenso Blum ZBH 27/325.

Wiederaufleben der Gesellschaft unberührt, soweit dadurch auf den Rechtsschein vertrauende Dritte benachteiligt würden. Die Gesellschaft des bürgerlichen Rechts in unserem Beispiel bleibt demnach ausgelöst, der Auftrag bleibt erloschen.

Verträge, die mit der übernehmenden AG nach der Fusion abgeschlossen sind, werden durch die Nichtigkeit der Fusion nicht berührt [25]), da die Rechtspersönlichkeit der Vertragskontrahentin unverändert bleibt. Dennoch können auch hier sich nachteilige Folgen der Nichtigkeit für den Dritten bemerkbar machen. Nehmen wir z. B. an, daß eine AG, deren Unternehmen eine Tuchweberei ist, eine andere AG übernimmt, in deren Betrieb fertige Kleidungsstücke hergestellt werden, um den Produktionsgang vom Gewebe zum fertigen Kleidungsstück zu vereinfachen und zu verbilligen. Die übernehmende Gesellschaft bekommt nun von einem Warenhaus einen Auftrag auf Lieferung eines großen Posten von Anzügen. Bevor die Gesellschaft in der Lage ist, dem Auftrag nachzukommen, stellt sich die Nichtigkeit der Fusion heraus und die Betriebe der beiden Gesellschaften müssen wieder getrennt werden. Die Gesellschaft, mit der der Vertrag kontrahiert ist, kann selbst die bestellte Ware nicht liefern, da ihr Betrieb nicht darauf eingestellt ist. Durch die Nichtlieferung kann möglicherweise der Besteller einen erheblichen finanziellen Ausfall erleiden. Auch hier ermöglicht uns der Rechtsschein einen gerechten Ausgleich. Obwohl die nunmehr wieder selbständige Konfektions-AG den Vertrag nicht selbst abgeschlossen hat, ist sie aus ihm verpflichtet, da sie mit der Eintragung ihrer Auflösung den Rechtsschein erweckt hat, in der übernehmenden AG aufgegangen zu sein. Auf diesen Rechtsschein kann sich der Besteller verlassen und von der wiederauflebenden AG die Leistung verlangen.

§ 16. c) Prozesse.

Von Wichtigkeit ist noch die Frage, welche Wirkung die Nichtigkeit der Fusion auf schwebende oder auch bereits rechtskräftig entschiedene Prozesse ausübt, und zwar solche mit dritten Personen. Vorauszuschicken ist, daß die Nichtigkeit unberücksichtigt bleiben muß, solange die Eintragungen im Handelsregister nicht gelöscht sind, denn der Rechtsschein äußert sich nicht nur im materiellen Recht, sondern gleicherweise auch auf prozessualem Gebiet.

Nehmen wir zunächst den Fall an, daß ein Gläubiger der übertragenden AG seine Forderung gegen die übernehmende AG als scheinbare Rechtsnachfolgerin einklagt. Während der Prozess

[25]) Schultze-v. Lasaulx, Ih. Jahrb. 79/371 Anm. 4.

schwebt, wird die Eintragung im Handelsregister gelöscht und damit der Rechtsschein vernichtet. Die beklagte AG wird nun den Einwand der mangelnden Passivlegitimation erheben und Klageabweisung beantragen, da mit Löschung der Eintragung auch dem Kläger gegenüber als Schuldnerin die wiederaufgelebte AG in Erscheinung tritt. Auf § 265 ZPO kann sich der Kläger nicht berufen, da dieser Paragraph auf die Schuldübernahme keine Anwendung findet. „§ 265 behandelt nur den Fall der Veränderung der Berechtigung; der Uebergang der Verpflichtung gehört nur insoweit hierher, als er eine Folge der Veräußerung der streitbefangenen Sache ist“ [26]).

Auch das Verbot vom venire contra factum proprium kann der beklagten AG nicht den Einwand der mangelnden Passivlegitimation nehmen. Nach Riezler [27]) muß ganz allgemein — d. h. ohne Rücksicht auf eine etwaige Eintragung in einem öffentlichen Register — derjenige, der als Träger einer bestimmten Rechtsstellung auftritt und so den Rechtsschein erregt, daß ihm diese Stellung zukomme, dem darauf Vertrauenden gegenüber diesen Schein gegen sich gelten lassen. Die Grundlage dieses Verbotes vom venire contra factum proprium ist eine sich nach Treu und Glauben richtende Interessenabwägung [28]). Niemand soll ein Recht im Widerspruch zu seinem früheren Verhalten geltend machen dürfen, wenn die nachträgliche Geltendmachung gegen Treu und Glauben verstößt. Es fragt sich also, ob die beklagte AG hiergegen verstößt, wenn sie nach Löschung der Eintragung den Einwand der mangelnden Passivlegitimation erhebt, und ob der Kläger diesem Einwand mit der replicatio doli generalis begegnen kann. M. E. ist diese Frage zu verneinen. Würde man die replicatio doli generalis durchgreifen lassen, so würde dies zu einer unnötigen Beeinträchtigung der beklagten AG führen. Sie würde zur Zahlung einer Schuld verurteilt werden, die sie garnicht kontrahiert hat, und könnte sich nur im Regreßwege an der übertragenden AG schadlos halten. Auf der anderen Seite verschlechtert sich die Stellung des Klägers nicht, wenn wir die replicatio doli nicht durchgreifen lassen, denn dieser hat die Möglichkeit, im anhängigen Prozeß die übertragende AG als Beklagte in den Rechtsstreit hineinzuziehen, und zwar im Wege der Klageänderung [29]), die nach den obwaltenden Umständen als sachdienlich und damit gemäß § 264

---

[26]) vgl. Gaupp-Stein-Jonas, 15. Aufl. § 265 Anm. I.

[27]) venire contra factum proprium 1912 S. 131.

[28]) Enneccerus-Nipperdey, § 208, III.

[29]) Gaupp-Stein-Jonas § 268, II; a. M. Kisch: Parteiänderung im Zivilprozeß, S. 60 f., der den Wechsel der Parteien nicht als Klageänderung gelten läßt.

ZPO. als zulässig anzusehen sein wird [30]). Nun hätte allerdings, in analoger Anwendung des § 271 Abs. 3 ZPO — in dem Uebergang auf die Klage gegen die übertragende AG liegt gewissermaßen ein Klageverzicht gegenüber der übernehmenden AG — der Kläger die Verpflichtung, die bis zur Klageänderung entstandenen Prozeßkosten zu tragen. Dies wäre allerdings eine Unbilligkeit, denn der Kläger hat nur die Klage gegen die übernehmende AG erhoben, weil er auf den Rechtsschein vertraute. Hier wird man deshalb mit Hilfe des Verbotes vom venire contra factum proprium zu einem gerechten Ausgleich gelangen können. Wenn es auch nicht gegen Treu und Glauben verstößt, daß sich die erstbeklagte AG mit dem Einwand der mangelnden Passivlegitimation vor der noch in der Zukunft liegenden Verurteilung zur Zahlung einer nicht kontrahierten Schuld sichern will, so verstößt es doch gegen Treu und Glauben, wenn die beklagte AG mit diesem Einwand dem Kläger die in der Vergangenheit, durch sein Vertrauen auf den Rechtsschein, entstandenen Prozeßkosten auferlegen will. Hinsichtlich dieser muß die erstbeklagte AG noch zu dem erzeugten Rechtsschein stehen und die Prozeßkosten tragen.

Wird die Eintragung erst nach rechtskräftiger Verurteilung der übernehmenden AG gelöscht, so fragt es sich, ob diese im Wege der Vollstreckungsgegenklage gegen das Urteil und die Vollstreckung aus demselben vorgehen kann, und ob, wenn die Voraussetzungen des § 767 ZPO gegeben sind, auch hier das Verbot des venire contra factum propirum durchgreift. Hierfür ist zunächst zu prüfen, wann der Grund für den Einwand der mangelnden Passivlegitimation objektiv entstanden, d. h. nicht etwa nur der AG zur Kenntnis gelangt ist. Nach der wirklichen materiellen Rechtslage ist der Grund für den Einwand schon mit dem Zeitpunkt entstanden, wo der die Nichtigkeit der Fusion verursachende Fehler begangen wurde; nach der für das Verhältnis zu Dritten maßgeblichen scheinbaren Rechtslage dagegen erst mit der Löschung der Eintragung. Der letztere Zeitpunkt ist nach meinem Dafürhalten der ausschlaggebende, denn es kommt im § 767 ZPO darauf an, wann die Rechtsordnung, zu der nicht nur das geschriebene Recht, sondern auch solche praeter legem herausgebildeten Rechtsgebilde wie der Rechtsschein gehören, gestattet, die Einwendung geltend zu machen. Doch wird hier der Vollstreckungsgegenbeklagte mit Erfolg die exceptio doli erheben, denn, wie im Fall der Prozeßkosten, wird ein in der Vergangenheit liegender Akt, das rechtskräftige Urteil angegriffen [31]), das im Einklang

[30]) Gaupp-Stein-Jonas, § 264 II.

[31]) Korrekt ausgedrückt, wird nicht das Urteil selbst angegriffen, sondern nur ein Ausfluß, die Vollstreckbarkeit.

mit der scheinbaren Rechtslage ergangen ist. Auch dies verstößt gegen das Verbot des venire contra factum proprium.

Klagt die übernehmende AG eine Forderung der übertragenden AG, die scheinbar auf sie übergegangen ist, ein, so kann der Beklagte jederzeit, d. h. ohne Rücksicht auf die Löschung der Eintragung im Handelsregister — der Rechtsschein wirkt ja nur zugunsten des Dritten — die mangelnde Aktivlegitimation der Klägerin geltend machen. Ist der Beklagte dagegen bereits rechtskräftig zur Leistung verurteilt, bevor die Eintragung gelöscht wird, so kann er nicht im Wege der Vollstreckungsgegenklage vorgehen, denn für ihn ist der Grund des Einwands nicht erst mit der Löschung, sondern schon mit dem Nichtigkeitsgrund selbst entstanden.

Klagt ein Gläubiger, der erst nach der Durchführung der Fusion mit der übernehmenden AG kontrahiert hat, seine Forderung, für die auf Grund des Rechtsscheins die Vermögen beider Gesellschaften gesamtschuldnerisch haften, ein, so kann er ein Interesse daran haben, gegen beide Gesellschaften einen Vollstreckungstitel zu erlangen. Er kann gemäß § 59 ZPO beide Gesellschaften als Streitgenossen verklagen; im anhängigen Rechtsstreit erfolgt dies wieder im Wege der Klageänderung. Nach rechtskräftiger Entscheidung ist eine Umschreibung des Vollstreckungstitels auch auf die übertragende AG nicht möglich.

Im Zusammenhang mit der Rechtswirkung der Nichtigkeit auf Prozesse sei noch kurz eine konkursrechtliche Frage erörtert. Wie wir sahen [32]), ist der Anspruch der übertragenden AG auf Herausgabe ihres Vermögens seiner Rechtsnatur nach ein dinglicher. Fällt nun die übernehmende AG in Konkurs, so wäre nach der wirklichen Rechtslage die übertragende AG aussonderungsberechtigt. Redlichen Dritten gegenüber muß sie aber auch hier zu dem Rechtsschein stehen und gilt im Verhältnis zu ihnen ihr Vermögen auch als Konkursmasse. Sie kann also ihr Aussonderungsrecht erst geltend machen, wenn diese Gläubiger befriedigt sind.

Ich möchte zum Schluß, um Mißverständnissen vorzubeugen, noch einmal betonen, daß der Rechtsschein nicht zu einer ex nunc Wirkung der Nichtigkeit der Fusion führt, sondern im Gegenteil diejenigen vor den nachteiligen Auswirkungen der ex tunc Wirkung der Nichtigkeit schützen will, die im Vertrauen auf den Zusammenschluß der beiden Gesellschaften in rechtliche Beziehungen zu der übernehmenden AG getreten sind; es soll nach Möglichkeit die Außenwelt von der Nichtigkeit der Fusion, einem Akt, der nur die beteiligten Gesellschaften interessiert, unberührt bleibt.

---

[32]) vgl. oben S. 23.

Schluß.

§ 17. Reformen.

Rückblickend müssen wir bekennen, daß sich das Problem der Entfusionierung juristisch zwar erfassen, praktisch jedoch, wenn überhaupt, nur mit den größten Schwierigkeiten lösen läßt. Der Grund hierfür ist zum Teil in der Unzulänglichkeit der die Fusion betreffenden gesetzlichen Bestimmungen des heute geltenden Aktienrechts zu finden. Bei der sich heute mehr denn je als notwendig erweisenden Neugestaltung unseres Aktienrechts wird deshalb der künftige Gesetzgeber auch besonders sein Augenmerk auf eine eingehendere gesetzliche Regelung der Fusion von AG zu richten haben. Zwar geht heute die Tendenz dahin, in der Wirtschaft Zusammenballungen anonymen Kapitals, wie sie besonders in der Gestalt von Aktiengesellschaften in Erscheinung treten, zu vermeiden und die Eigenverantwortlichkeit des Unternehmers zu fördern [1]), doch werden die Aktiengesellschaften niemals völlig aus unserem Wirtschaftsleben hinwegzudenken sein. „Die moderne Wirtschaft kann ohne Aktiengesellschaft nicht bestehen. Sie ist unentbehrlich, wenn es sich darum handelt, für einen großen Zweck große Mittel aus einer Vielzahl von Quellen zusammenzubringen“ [2]). Wenn man aber die wirtschaftliche Notwendigkeit der Aktiengesellschaften selbst bejaht, wird man Fusionen derselben, obwohl sie zu einer weiteren Kapitalanhäufung führen, nicht völlig unterbinden können. Es kann deshalb auch im künftigen Aktienrecht die Fusion nicht unberücksichtigt bleiben.

---

[1]) Diese Bestrebungen sind z. B. in den Gesetzen über die Umwandlung von Kapitalgesellschaften (RGBl. I, 34 S. 569) und über die Steuererleichterungen bei Umwandlung und Auflösung von Kapitalgesellschaften (RGBl. I, 34 S. 572) zum Ausdruck gelangt.

[2]) vgl. Bericht des Vorsitzenden des Ausschusses für Aktienrecht der Akademie für deutsches Recht in der Zeitschrift: Akademie für deutsches Recht 1934, Heft I S. 21.

Um die großen Verwirrungen, die eine nichtige Fusion zur Folge hat, zu vermeiden, sind eine Reihe von Reformvorschlägen gemacht worden, die vorwiegend vorbeugenden Charakters sind, d. h. dahin zielen, gar keine Nichtigkeitsgründe aufkommen zu lassen. Es sollen im folgenden diese Reformvorschläge einer näheren Betrachtung unterzogen und zugleich versucht werden, eigene Vorschläge bezüglich der Vermeidung der Nichtigkeit bzw. der Abschwächung ihrer Wirkungen zu machen.

Wie wir sahen [3]), bedarf nach h. A. der Fusionsvertrag der Form des § 311 BGB, deren Mangel de lege lata durch die Eintragung in das Handesregister nicht geheilt wird [4]). Von Breit [5]) ist die Aufnahme einer gesetzlichen Vorschrift befürwortet worden, die der Eintragung in das Handelsregister bezüglich des Formmangels des Fusionsvertrages heilende Kraft beilegen soll.

Ist eine solche Vorschrift in der Tat zu empfehlen? Eine solche formheilende Eintragung in ein öffentliches Register finden wir de lege lata im § 313 S. 2 BGB. Zweck der Formvorschrift des § 313, wie der des § 311 BGB, ist der Schutz der Kontrahenten vor Uebereilung bei inhaltsschweren Geschäften [6]). Im Fall des § 313 BGB kommt noch hinzu, daß, wie der Gesetzgeber des Bürgerlichen Gesetzbuches bereits damals erkannte, „der Grundbesitz die natürliche Grundlage für die Seßhaftigkeit der Bevölkerung ist und schon deshalb die ihm zuteil werdende besondere Rücksicht auch in der Beziehung verdient, daß die Veräußerung nicht leicht zu nehmen ist“ [7]). Trotz dieser Erkenntnis hat der Gesetzgeber im § 313 S. 2 BGB der Eintragung im Grundbuch zusammen mit der Auflassung heilende Kraft beigelegt. Das gesetzgeberische Motiv hierfür ist folgendes:

Zwar soll aus dem formlosen Verpflichtungsgeschäft nicht auf Erfüllung, d. h. auf Auflassung und Eintragung geklagt werden können; doch haben sich die Parteien bereits den Formalitäten des dinglichen Erfüllungsgeschäftes der Auflassung und Eintragung unterworfen, so ist damit hinreichend gewährleistet, daß sich die Parteien ihr Handeln wohl überlegt haben und eines Schutzes somit nicht mehr bedürfen [8]), so daß der Sinn der Formvorschrift damit hin-

---

[3]) vgl. oben S. 4.
[4]) vgl. oben S. 9 f.
[5]) ZHR 95/434.
[6]) Motive zum Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches, 1888, § 350, S. 188.
[7]) Motive, § 351, S. 190.
[8]) Motive § 351 S. 191; Henle: Lehrbuch des bürgerl. Rechts Bd. 2, 1934, S. 160.

fällig geworden ist. Für die Fusion ist daher die Frage zu prüfen, ob die Vorschriften über die Durchführung der Fusion dieselben Garantien in dieser Hinsicht bieten wie die Auflassung und Eintragung.

Bevor es bei der Fusion zur Verschmelzung der Gesellschaften kommt, sind eine Reihe wichtiger Bestimmungen zu beobachten. Der von den Vorständen abgeschlossene Fusionsvertrag ist zunächst auf seiten der übertragenden AG der GV vorzulegen, die in einem Beschluß, der inhaltlich mit dem Fusionsvertrage übereinstimmen muß [9]), ihre Genehmigung zu erteilen und damit die Auflösung der Gesellschaft zu beschließen hat. Auf seiten der übernehmenden AG hat die GV den Kapitalerhöhungsbeschluß zu fassen, der der erschwerenden Form des § 279 HGB bedarf, da wir es bei der Fusion mit einer Art von Kapitalerhöhung gegen Sacheinlage zu tun haben [10]); das bedeutet, daß auch hier der GV-Beschluß mit dem Inhalt des Fusionsvertrages übereinstimmen muß.

Beide GV-Beschlüsse bedürfen gemäß § 259 Abs. I HGB der gerichtlichen oder notariellen Protokollierung, der Kapitalerhöhungsbeschluß gemäß § 275 Abs. I HGB mindestens einer Dreiviertel-Majorität [11]). Letztlich ist bei der Anmeldung der erfolgten Kapitalerhöhung gemäß § 305 Abs. 2 HGB der Fusionsvertrag in Urschrift oder öffentlich beglaubigter Abschrift dem Registerrichter vorzulegen, so daß dieser voll Gelegenheit hat, die Ordnungsmäßigkeit der Fusion zu prüfen.

Die Fusion hat somit einen Instanzenzug zu durchlaufen, der wie die Auflassung und Eintragung die Gewähr dafür bietet, daß sich die beteiligten Gesellschaften der Tragweite ihres Schrittes voll bewußt sind.

Es ist deshalb m. E. ohne Bedenken eine diesbezügliche Regelung zu befürworten, besonders wenn man sich immer wieder vor Augen hält, welche ungeheuren Verwicklungen als Folgeerscheinungen dieses Verstoßes gegen eine bloße Formvorschrift entstehen.

Es muß allerdings zugegeben werden, daß in einem Fall die Garantien geringer sind, nämlich in dem Fall der Fusion ohne Liquidation und ohne Kapitalerhöhung. Obwohl hier auch die übernehmende AG schutzbedürftig ist, da im § 306 HGB das Vermögen der

[9]) vgl. Staub-Pinner, § 303, Anm. 8.

[10]) vgl. Staub-Pinner, § 305 Anm. 13; Brodmann, § 305 Anm. 1 b.

[11]) Der Auflösungsbeschluß der GV der übertragenden AG bedarf einer qualifizierten Mehrheit nicht, da die Auflösung keine Satzungsänderung ist, es sei denn, daß die Gesellschaft für eine bestimmte Zeit errichtet war und die Auflösung vor dem Ablauf dieser Frist erfolgt.

übertragenden AG im Wege der Universalsukzession mit Aktiven sowohl wie mit Passiven auf die übernehmende AG übergeht, wird die GV dieser Gesellschaft, da keine Kapitalerhöhung zu beschließen ist, bei der Fusion überhaupt nicht tätig, sondern es liegt die Durchführung der Fusion hier allein in den Händen des Vorstands [12]). Es fehlt also die gerade für die Fusion ohne Liquidation als Schutzmittel sehr wichtige Zustimmung der GV. Nun schreibt zwar § 253 Abs. 2 HGB vor, daß die GV einzuberufen ist, wenn das Interesse der Gesellschaft es erfordert, jedoch ist der Begriff des „Interesses" ein sehr dehnbarer, so daß § 253 Abs. 2 HGB nicht die nötigen Garantien bieten kann. Es ist also in Erwägung zu ziehen, de lege ferenda entweder in diesem Fall der Eintragung in das Handelsregister keine heilende Kraft beizulegen, oder aber eine Vorschrift einzufügen, die einen obligatorischen GV-Beschluß vorsieht, ohne Rücksicht darauf, ob bei der Fusion eine Kapitalerhöhung vorgenommen wird oder nicht [13]), was übrigens, ganz abgesehen von dem Fall des formlosen Fusionsvertrages, allgemein im Interesse der übernehmenden AG wünschenswert erscheint [14]).

Bezüglich der nichtigen GV-Beschlüsse [15]) geht schon de lege lata die Tendenz in Wissenschaft und Praxis dahin, die Fälle der absolut nichtigen GV-Beschlüsse zugunsten der nur anfechtbaren einzuschränken. Der Bericht der Aktienrechtskommission des 34. Iuristentages [16]) geht sogar soweit, auch den GV-Beschluß, der gegen die

---

[12]) Staub-Pinner, § 305 Anm. 14.

[13]) vgl. Bericht der Aktienrechtskomm. des 34. Juristentages 1928 S. 38.

[14]) War schon de lege lata nicht unstreitig, ob § 310 BGB auf den Fusionsvertrag Anwendung findet, so ist sicher de lege ferenda aus wirtschaftlichen Gründen (besonders im Zusammenhang mit Interessengemeinschaften) eine Bindung auf einen zukünftigen Zeitpunkt oder unter einer Bedingung zuzulassen; vgl. Bericht 1928 S. 36; AE 31 § 211 Abs. 1; Brodmann, ZHR 94/79, der den Parteien ein Rücktrittsrecht wegen veränderter Umstände geben will.

[15]) Es mag zweifelhaft erscheinen, ob in Durchführung des „Fürerprinzips" auch im Handels- und Wirtschaftsrecht die Institution der GV in ihrer bisherigen Gestalt beizubehalten oder nicht wenigstens in ihrer Kompetenz erheblich zu beschränken ist. (Vgl. hierüber den Bericht des Vorsitzenden des Ausschusses für Aktienrecht der Akademie für deutsches Recht in der Zeitschrift: Akademie für deutsches Recht, 1934, Heft 1). Es liegt jedoch nicht im Rahmen dieser Arbeit, Betrachtungen über solche sich de lege ferenda ergebenden grundlegenden Fragen des Aktienrechts anzustellen. Da eine endgültige Stellungnahme zu dieser Frage noch nicht erfolgt ist, ist davon auszugehen, daß die Institution der GV nicht beseitigt wird und, speziell für den vorliegenden Fall, an der Fusion beteiligt bleibt.

[16]) S. 32.

guten Sitten verstößt, nur für anfechtbar gemäß § 271 HGB zu erklären. Ob dies im Rahmen unserer Rechtsgrundsätze zulässig ist, erscheint sehr zweifelhaft. In unserer gesamten Rechtsordnung führt der Verstoß gegen die guten Sitten nicht zur Anfechtbarkeit, sondern zur absoluten Nichtigkeit. Auch ist es rechtspolitisch nicht unbedenklich, wenn es den Aktionären überlassen bleibt, den sittenwidrigen Beschluß durch Verstreichenlassen der Anfechtungsfrist zu sanktionieren [17]).

Davon ganz abgesehen, bleiben immer noch Fälle übrig, in denen ein GV-Beschluß absolut, von Anfang an nichtig ist. Das ist zunächst der GV-Beschluß, der gegen Vorschriften verstößt, die ausschließlich oder überwiegend im öffentlichen Interesse gegeben sind [18]), und die Fälle, wo wegen eines flagranten Verstoßes gegen die formellen Vorschriften, die im Zusammenhang mit der GV zu beobachten sind, der Beschluß überhaupt nicht als GV-Beschluß anzusehen ist. Es fragt sich, ob sich auch in diesen Fällen der unbestreitbaren absoluten Nichtigkeit die unerwünschten Folgen der Nichtigkeit der Fusion vermeiden lassen. Eine Möglichkeit wäre die, eine Präklusivfrist zu schaffen, innerhalb derer allein die Nichtigkeit — hier allerdings im Gegensatz zur Anfechtung des § 271 HGB von jedem Interessierten — geltend gemacht werden kann. Erst nach Ablauf dieser Frist dürfte die Fusion durchgeführt, die Vermögen vereinigt, die jungen Aktien ausgegeben werden.

Gegen diese Lösung erheben sich jedoch verschiedene Bedenken dogmatischer, rechtspolitischer sowie wirtschaftlicher Art.

Der Vorschlag der Schaffung einer Präklusivfrist steht zunächst nicht im Einklang mit dem Prinzip der Unheilbarkeit der Nichtigkeit. Nichtige Rechtsgeschäfte können nach unserer Rechtsauffassung niemals Gültigkeit erlangen, denn auch die Bestätigung des § 141 BGB ist keine Heilung des nichtigen Geschäfts, sondern eine Neuvornahme desselben. Dieses dogmatische Bedenken allein ist jedoch noch nicht geeignet, die vorgeschlagene Lösung als undurchführbar erscheinen zu lassen, denn einmal hat der Gesetzgeber selbst an einer Stelle, in den §§ 1324 Abs. 2, 1335 Abs. 2 BGB, das Prinzip der Unheilbarkeit der Nichtigkeit durchbrochen, und außerdem entbehrt eine Dogmatik jeder Berechtigung, wenn sie nicht rechtspolitisch fundiert ist. Das rechtspolitische Motiv des Prinzips von der Unheilbarkeit der Nichtigkeit ist folgendes: Nichtig ist ein Rechtsgeschäft, wenn die Vertragspartner, die Art des Zustandekommens, seine Form oder Inhalt nicht die Voraussetzungen erfüllen, die das

[17]) vgl. Schmölder, JW 29/2095.
[18]) vgl. AE 31 § 137.

geschriebene Gesetz oder auch das ungeschriebene unseres sittlichen Empfindens (§ 138 BGB) aufstellt. Diese Voraussetzungen dienen dem Schutze des Rechtsverkehrs, der Moral, kurz dem Schutze der Gesamtheit der Volksgenossen. Ein diese Voraussetzungen nicht erfüllendes Rechtsgeschäft kann deshalb unsere rechtliche Billigung nicht finden, muß daher nichtig sein. Es hieße nun die Allgemeinheit nur unvollkommen schützen, wollte man die nichtigen Geschäfte aus dem Grunde gültig werden lassen, weil es verabsäumt wird, — vielleicht bewußt — die Nichtigkeit während einer bestimmten Frist geltend zu machen. Man mußte deshalb, um den Schutz wirksam zu gestalten, die Nichtigkeit für unheilbar erklären. Nun hat allerdings das Gesetz dieses Prinzip in den oben (S. 58) zitierten Paragraphen durchbrochen, doch sind dies ganz besonders gelagerte Fälle, die aus ihrem Charakter heraus diese Durchbrechung rechtfertigen, ohne indessen eine allgemeine Legitimation hierfür zu geben.

Was nun unsere Fusion anbelangt, so ließe sich eine Befristung der Nichtigkeitsgeltendmachung für den Fall rechtfertigen, wo die Nichtigkeit der Fusion auf einem nur wegen Verletzung formeller Vorschriften nichtigen GV-Beschluß beruht, denn hier sind nur die Aktionäre benachteiligt, die ihr Stimmrecht nicht ausüben konnten — diese werden aber auch genügend geschützt, wenn die Geltendmachung der Nichtigkeit zeitlich begrenzt ist —, während demgegenüber die Allgemeinheit kein Interesse an der Beobachtung dieser Vorschriften hat. Nicht dagegen läßt sich eine solche Befristung rechtspolitisch halten, wenn der GV-Beschluß gegen andere gesetzliche Vorschriften verstößt. Nehmen wir zur Illustrierung folgenden krassen Fall an: Ein Gesetz verbietet generell die Fusion von Aktiengesellschaften. Trotzdem genehmigen die GV zweier Gesellschaften einen zwischen ihren Vorständen abgeschlossenen Fusionsvertrag. Würde man nun de lege ferenda eine Präklusivfrist schaffen, so würde mit Ablauf der Frist die gesetzlich verbotene Fusion rechtsgültig werden. Dieses Beispiel zeigt zur Genüge, daß eine solche Befristung undenkbar ist.

Auch wirtschaftliche Erwägungen sprechen gegen den hier zur Debatte gestellten Vorschlag: einen Erfolg würde eine Präklusivfrist nur dann versprechen, wenn vor ihrem Ablauf die Fusion nicht durchgeführt werden dürfte. In vielen Fällen wird nun aber die Existenz der beteiligten Gesellschaften von der sofortigen Verschmelzung abhängen, wird besonders die übernehmende AG nicht mit der Kapitalerhöhung warten können. Man wird also nicht umhin können, das Prinzip der Unheilbarkeit der Nichtigkeit undurchbrochen zu lassen. Es ließe sich höchstens erwägen, de lege ferenda die Nich-

tigkeit einer Fusion entsprechend der der Aktiengesellschaft (§§ 309 ff. HGB) zu regeln, so daß die Fusion nicht von Anfang an nichtig ist, sondern mit dem die Nichtigkeit aussprechenden Urteil — die Klage wäre auch hier das einzige Mittel, die Nichtigkeit geltend zu machen — ex nunc unwirksam wird und ein Entfusionierungsstadium eintritt. Voraussetzung dafür wäre allerdings, daß das Nichtigkeitsurteil auch die übertragende AG, die hier nicht nur scheinbar erloschen ist, wieder aufleben lassen kann. Ob sich allerdings die Rechtslage hierdurch sehr vereinfachen läßt, muß auch noch sehr zweifelhaft erscheinen; auch hier werden sich praktisch die größten Schwierigkeiten ergeben.

Es wird niemals ein Gesetz geben, das alle Eventualitäten vorsieht, für alles eine Norm enthält. Es muß der Wissenschaft und der Judikatur vorbehalten bleiben, mit Hilfe des Vorhandenen unvorhergesehene Schwierigkeiten zu meistern.

Lebenslauf.

Am 7. Oktober 1911 wurde ich als Sohn des Prof. Dr. phil. Friedrich Hayduck in Berlin-Wilmersdorf geboren. Ostern 1918 kam ich in die Vorschule des Bismarck-Gymnasiums zu Berlin-Wilmersdorf, das ich 1930 mit dem Zeugnis der Reife verließ. Im Sommersemester 1930 begann ich meine rechtswissenschaftlichen Studien an der Universität Berlin. Im Wintersemester 1930/31 war ich an der Faculté de droit in Paris, im Sommersemester 1931 an der rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Genf immatrikuliert. Vom Wintersemester 1931/32 ab setzte ich meine Studien in Berlin fort und bestand am 12. Mai 1934 am Kammergericht die erste juristische Staatsprüfung. Im Sommersemester 1934 und im Wintersemester 1934/35 war ich als Gasthörer an der Universität Rostock, wo ich unter der Leitung von Prof. Dr. Schultze-von Lasaulx meine Doktordissertation anfertigte. Ich möchte noch einmal Prof. Dr. Schultze-von Lasaulx an dieser Stelle meinen besten Dank aussprechen. Am 22. Dezember 1934 bestand ich die Doktorprüfung.